Die

Abnahmepflicht.

Martin Schwabe.

Die

Abnahmepflicht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Universität Marburg a. L.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt von

MARTIN SCHWABE
Referendar am Oberlandesgericht
Frankfurt a. M.

Frankfurt a. M. 1919.
Druck von Kornsand & Co., Gutleutstr. 110

Berichterstatter:

Prof. Dr. Leonhard

Gewidmet meinen Eltern!

Lebenslauf.

Ich, Martin Schwabe, wurde am 9. 10. 1888 als Sohn des Rentiers Adolf Schwabe und seiner Ehefrau Luise geb. Lorenz zu Brandenburg a. H. geboren.

Nach Absolvierung des humanistischen Gymnasiums zu Brandenburg a. H. bezog zu Ostern 1908 die Universität in Freiburg i. B. Nachdem ich sodann in München, Berlin und Marburg a. L. die Rechtswissenschaften studiert hatte, bestand ich im Sommer 1912 am Oberlandesgericht Cassel die erste juristische Staatsprüfung. Als Referendar war ich zuerst am Amtsgericht in Wittenberge a. E., dann am Landgericht in Landsberg a. W. tätig.

Vom 1. 10. 1913 an, da ich als Einjährig Freiwilliger in das F. A. R. Nr. 3 Generalfeldzeugmeister eintrat, war ich bis zum 18. 11. 1918 im Heeresdienst. Seit Kriegsausbruch im Felde, habe ich an dem Vormarsch u. an den Kämpfen im Westen teilgenommen, machte den Feldzug gegen Serbien mit und kehrte sodann wieder auf den westlichen Kriegsschauplatz zurück. Ich bin verwundet gewesen, wurde im August 1917 zur Flakersatz-Abt. I. Frankfurt a. M. versetzt und konnte hier unter Genehmigung des Herrn Kammergerichts- und Oberlandesgerichtspräsidenten Frankfurt a. M. neben meinem Militärdienst meine Ausbildung an dem Landgericht und bei der Staatsanwaltschaft vollenden, sodaß ich jetzt vor dem Abschluss der Rechtsanwaltschaftsstation stehe.

Literatur-Verzeichnis.

Bachem: Zu der Frage, ob es nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme und Spezifikation gibt. In Puchelts Zeitschr. für franz. Zivilrecht Bd. 23, S. 708 ff.

Barkhausen: Die Klage des Verkäufers auf Abnahme der Ware. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 30, S. 30 ff.

Baudry-Lacantinerie: Précis de droit civil. Bd. 3, 4. Aufl. 1894.

Bachmann: Der Kauf nach gemeinem Recht. 1. Teil. Erlangen 1884.

Berndorff: Die Gattungsschuld. 1900.

Belling: Die Abnahmepflicht des Käufers. Jenaer Diss. 1908.

Bretzfelder: Begriff der Abn. beim Kauf- und Werkvertrag. Erlangen Diss. 1906.

Brinkmann: Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag. Leipz. Diss. 1906.

Brinkmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 1853.

Buchka: Die indirekte Verpflichtung zur Leistung. 1904.

Coerper: Annahmerecht und Abnahmepflicht des Käufers und Werkbestellers. 3. Teil, Leipzig 1909.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome: Die Grundlehren des franz. Obligationsrechts. 1894.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. 2, 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B und eines E. G. 1897.

Dernburg: Lehrbuch des preuß. Privatrechts. Bd. 2, 7. Aufl. 1897.

Dernburg: Pandekten. 2. Bd. .Obligationenrecht. 6. Aufl. 1903.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. 2, 4. 3. Aufl. 1909, 1906.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 3. Bd. 1905, 1913.

Eck: Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 1, 1903.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1900.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4.—5. Aufl. 1910.

Enneccerus-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Sachen R. 1. u. 2. Aufl. 1910.

Fischer-Henle: Bürgerl. Ges. B. 8. Aufl. 1909.

Förster-Eccius: Preuß. Privat-Recht. Bd. 2, 7. Aufl. 1896.

Förtsch: Sprache der Juristen, der Gesetze, der Geschäftwelt. In der D. J. Z. 1905. S. 17 ff.

Gaupp-Stein: Zivilprozeßordnung. 8. u. 9. Aufl., Bd. 2 1908.

Gmelin: Pflicht zur Abnahme einer mangelhaften Sache? Recht 1909, S. 768.

Goldmann: Der Inhalt der Abnahmepflicht des Käufers nach dem B. G. B. Diss. Leipzig 1905.

Goldmann, Lilienthal: Das B. G. B. 1. Bd., 2. Aufl. 1903.

Gottschalk: Die Abnahmepflicht des Käufers. Würzburger Diss. 1913.
Heckert: Die Begriffe Ablieferung, Abnahme, Annahme und Empfangnahme im Kauf- und Frachtrecht nach bürgerlichem und Handelsrecht. Rostocker Diss. 1903.
Hangen: Ist nach dem code civil eine Klage auf Empfangnahme zulässig? Zeitschrift für franz. Zivil-Recht. Bd. 23, S 376 ff.
Hirsch: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzug. Leipzig 1895.
Hohenstein: Der Abnahme- und Annahmeverzug des Käufers = Gläubigers. Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 25, S. 69 ff.
Jakobi: Die Abnahmepflicht des Käufers. In Jherings Jahrb. Bd. 45, S. 259 ff.
Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs. Bd. 7, S. 180. Jena 1900.
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem B. G. B. eod. S. 1 ff.
Kniep: Der Besitz des B. G. B. 1900.
Kohler: Annahme- und Abnahme-Verzug. In Jherings Jahrb., Bd. 17, S. 261 ff.
Kohler: Der Gläubigerverzug. Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 13, S. 149 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1906.
Kreß: Besitz und Recht. 1909.
Krüger-Mommsen: corpus iuris civilis, Volumen primum. 9. Aufl. 1902.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 101, S. 1 ff.
Laband: Zum 2. Buch des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuchs. Im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 74, S. 301 ff.
Laurent: cours élémentaire de droit civil. Bd. 3, 1878.
Laurent: principes de droit civil francais. Bd. 24, 1877.
Lehmann: Die Bedeutung der Ausdrücke „Abnahme" (Empfangnahme) nach dem B. G. B. und H. G. B. In der D. J. Z. 1902, S. 491 ff.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Leonhard: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. 29. Heft, 1909.
Leonhard, Fr.: Erfüllungsort und Schuldort. 1907.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2, 1901.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und Zivilprozeß. 1. Bd. 1912.
Makower: Das H. G. B. mit Kommentar. Bd. 2, 1907.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerl. Gesetzbuchs. Bd. 1, 5. Aufl. 1910.
Meisner: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.
Mommsen: Beiträge zum Obligationsrecht. Bd. 3. Die Lehre von der mora. 1855.
Mugdan: Die gesamten Materialen zum bürgerl. Ges. B. Bd. 2, 1899.
Müller: Die Abnahmepflicht des Käufers. Erlanger Diss. 1910.
Neumann: Handausgabe des B. G. B. 1. Bd., 6. Aufl. 1912.

Oberloskamp: Abnahmepflicht nach dem bürgerl. Gesetzbuch für das deutsche Reich. Leipziger Diss. 1908.
Oertmann: B. G. B. Das Recht der Schuldverh 2. Aufl. 1906, 3. u. 4. Aufl. 1910.
Oertmann: Sachmängel und Abnahmepflicht, Recht 1909, S. 617 ff. u. 801 ff.
Oertmann: Der Kauf mit Spezifikation. Im Arch. f. ziv. Pr. Bd. 85, S. 202 ff.
Paech: Der Leistungsverzug. 1902.
Planck: B. G. B. Bd. 2. R. D. Sch. 3. Aufl. 1904.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. 1897.
Rauert: Anspruch auf Abnahme bei Kauf, Dienstvertrag und Werkvertrag nach gemeinem Recht im B. G. B. Rostocker Diss. 1902.
Riezler: Der Werkvertrag. 1900.
Rohde: Studien zum Bes.-Recht. Abschnitt 22. „Schuz des Bes." 1913.
Romeick: Zur Technik des B. G. B. Heft 1. Fristbestimmung 1901.
Rosenberg: Der Verzug des Gläubigers. Jher. Jahrb. Bd. 43, S. 141 ff.
Rosenthal: Die Abnahmepflicht des Gläubigers nach dem B. G. B. Bonner Diss. 1904.
Rümelin: Dienst- und Werkvertrag. Tübingen. 1905.
Schader: Die Besitzstörung im römischen, gemeinen und bürgerlichen Recht. Leipziger Diss. 1902.
Schmidt: Die Abnahme beim Werkvertrag. Heidelberger Diss. 1911.
Schmitz: Von der Abnahmepflicht des Käufers und des Werkbestellers. Jenaer Diss. 1906.
Schneider: Ein Beitrag zur Auslegung der „Abnahmepflicht" im B. G. B. beim Kauf- und Werkvertrag. Erlanger Diss. 1906.
Schneider: Die Pflichten des Käufers. Heidelberger Diss. 1912.
Schöffer: Die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag. Rostocker Diss. 1903.
Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung. In Gruchots Beitr. Bd. 46, S. 1 ff.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuld-V. 1900. 2. Aufl. 1904.
Schütze: Die Abnahmepflicht des Käufers. Jenaer Diss. 1904.
Siber: Der Rechtszwang im Schuld-V. 1903.
Siméon: Recht und Rechtszwang im deutschen Reich. 1. Hälfte 1908.
Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Band 2, 1869.
Sprenger: Ueber die Klage des Verkäufers gegen den Käufer auf Abnahme der verkauften Sache nach § 459, Abs. 2 des Entwurfs eines B. G. B. In Gruchots Beitr. Bd. 34, S. 592 ff.
Staub: Kommentare zum Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1897.
Staub: Kommentare zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 1900. 8. Aufl. bearbeitet von Könige. 1907.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B. 5. u. 6. Aufl. 1910.
Striebinger: Der Begriff der Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag. Erlanger Diss. 1906.

Thöl: Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung. 1900.
Treidel: Abnahmepflicht und Abnahmeverzug beim Kauf. Heidelberger Diss. 1910.
Warschauer: Der Tatbestand des Annahmeverzugs nach gemeinem Recht und dem bürgerlichen Ges. B. Breslauer Diss. 1902.
Werdermann: Die Abnahmepflicht des Käufers. Jenaer Diss. 1909.
Windscheid-Kipp: Lehrb. d. Pandektenrechts. Bd. 2, 9. Aufl. 1906.
Wolff: Zur Lehre von der mora. 1841.
Zachariae-Crome: Handbuch des französischen Zivilrechts. 8. Aufl. Bd. 2, 1894.
Zschirnt: Die Abnahmepflicht des Käufers. Leipziger Diss. 1911.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Entscheidungen dez Reichsgerichts in Zivilsachen.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Inhaltsverzeichnis.

I. Kapitel: Allgemeines.
§ 1. Ueber Gläubigermitwirkung bei Lösung von Schuldverhältnissen.
§ 2. Die Mitwirkung des Gläubigers ist prinzipiell.
a) weder Annahmepflicht.
b) noch Abnahmepflicht.
§ 3. Literarhistorische Entwickelung der Abnahmepflicht.
II. Kapitel: Begriff der Abnahme bei Kauf und Werkvertrag.
§ 1. Die Abnahme enthält nicht das rechtliche Moment.
a) von Annahme als Erfüllung.
b) von Billigung.
§ 2. Die Abnahme ist nicht Ansichnahme.
III. Kapitel: Die rechtliche Bedeutung der Abnahmepflicht.
IV. Kapitel: Analogie: Abnahmeunterlassung und Besitzstörung.
§ 1. Deshalb Interessentheorie unrichtig.
§ 2. Abnahmepflicht bei Grundstücken nicht gegeben.
§ 3. Abnahmepflicht nicht erstreckbar auf Vornahme vorbereitender Handlungen.
V. Kapitel: Abnahmepflicht bei Tausch, Verwahrung und Rücktritt, und anderen Verträgen.
VI. Kapitel: Voraussetzung für das Bestehen der Abnahmepflicht.
§ 1. Erfüllungsbereitschaft.
§ 2. Vertragsmäßigkeit.
VII. Kapitel: Ort und Zeit der Abnahmeerfüllung.
VIII. Kapitel: Prozessuales.

I. Kapitel.

§ 1. Nur bei wenigen Schuldverhältnissen genügt ein einseitiges mit dem Willen der Schuldtilgung betätigtes Handeln des Schuldners allein, um das Endziel, die Erfüllung der Obligation und somit auch die Entlassung des Schuldners aus dem Schuldverbande herbeizuführen.[1]) In den weitaus meisten Fällen bedarf es jedoch hierzu einer Mitwirkung des Gläubigers.

Diese Mitwirkung des Gläubigers kann eine rein tatsächliche[2]) sein, sie kann aber auch einen rechtsgeschäftlichen Inhalt haben.

In den weitaus meisten Fällen des täglichen Lebens wird es sich um eine tatsächliche Teilnahme des Gläubigers handeln, die wiederum einerseits nur vorbereitender Natur sein kann (z. B. der Käufer hat die nötigen Gefäße zu stellen, der Besteller das Material zu liefern, die Sache zur Reparatur zu geben), andererseits aber auch der Tätigkeit des Schuldners nachgehen und die Entgegennahme der fertigen Sachleistung, deren Abnahme bilden kann.

Die auf Beendigung des obligatorischen Nexus hinzielende Mitwirkungshandlung des Gläubigers zeigt einen rechtsgeschäftlichen Charakter z. B. in der Mitwirkung bei der Auflassung und schließlich in der Entlassung des Schuldners aus der Schuldverbindlichkeit selbst, d. h. bei der Annahme der Leistung als Erfüllung.[3])

[1]) Dies ist der Fall z. B. bei Verträgen, die ein Unterlassen oder Abgabe einer Willenserklärung, Ausführung von gewissen Aufträgen, Verwaltungshandlungen zum Gegenstand haben. cf. Lehmann, S. 213.

[2]) Kohler, Jherings Jhrb. Bd. 17, S. 263.

[3]) „ „ „ 17, S. 263.
Rosenberg, in Jherings Jhrb. B. 43, S. 141 ff. Mommsen, S. 137.

§ 2. Da die Annahme der Leistung — der Erfüllungstätigkeit des Schuldners nachfolgend — den Schlußakt der Erfüllung bildet und somit die letzte und wichtigste Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Lösung des obligatorischen Nexus bedeutet, so ist, um die begriffliche Unterscheidung dieser Tätigkeit von der der Abnahme zu gewinnen, mit wenigen Worten auf ihre rechtliche Gestaltung einzugehen und zu untersuchen, ob das wichtige Interesse des Schuldners an Entlassung und Befreiung aus der Schuldnerlage durch einen Anspruch geschützt ist.

a) Von den älteren Schriftstellern des Pandektenrechtes: Puchta, Vangerow und Mühlenbruch ist die Frage nach einer Annahmepflicht nicht angeschnitten worden. Erst der sich steigernde Verkehr ließ die Frage nach einer Schuldnerbefreiung, einer Annahmepflicht, auftauchen. Dadurch, daß man die mora accipiendi der mora debitoris gleichstellte, kam man zur Bejahung der Annahmepflicht, so Madai [1]) 1837 und nach ihm vor allem Wolff [2]) 1841. Gegen diese Auffassung hat sich Kohler [3]) gewandt und nachgewiesen, daß die Ansicht von einer Mitwirkungspflicht des Gläubigers „einer der fundamentalsten Irrtümer des Obligationenrechtes" ist. Schon die Heranziehung der einseitigen Schuldverhältnisse [4]), deren Urform die stipulatio des römischen Rechtes bildet, zeigt uns die Unmöglichkeit, eine Annahmepflicht als Schuldnerpflicht des Gläubigers zu statuieren. Denn da bei solchen obligationes unilaterales alius stipuletur, alius promittat, der eine als Gläubiger dem anderen als Schuldner scharf gegenübertritt, erscheint es begrifflich unmöglich, daß sich Gläubiger- und Schuldner-Qualifikation in einer Person vereinigen können.

Aber auch bei gegenseitigen Verträgen erscheint eine Annahmepflicht ausgeschlossen. Denn das durch die Obligation für den Gläubiger entstandene Forderungsrecht bildet einen Bestandteil des Gläubigervermögens. Ueber ein Vermögensrecht kann man aber nach Belieben ver-

[1]) S. 227 ff.

[2]) S. 406.

[3]) Jherings Jhrb. Bd. 17, S. 267 ff. Vor ihm gleichfalls Mommsen Bd. 3, S. 134. Luden in Weiskes Rechtslexikon S. 312, Fritz, Bd. 3 S. 358, Schilling S. 221 ff.

[4]) z. B. Darlehen, einseitiges Schuldversprechen.

fügen, es ausüben oder nicht[1]). Diese Ansicht ist auch im B. G. B.[2]) zur Geltung gekommen, das im § 241 bestimmt: „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern", und das konsequent den Verzug mit der Annahme als Gläubigerverzug getrennt von dem unter dem Titel „Verpflichtung zur Leistung" behandelten Schuldnerverzug in einem besonderen Titel geregelt hat.

b) Ebensowenig wie der Gläubiger einer Leistung nun zu ihrer Annahme verpflichtet ist, dürfte er es nach geltendem Rechte zu ihrer Abnahme, d. h. zur körperlichen Wegnahme[3]) sein. Dies ergibt sich aus folgender Erwägung: Wir haben die Annahme als letzten Mitwirkungsakt des Gläubigers, als den Schlußakt der Erfüllung kennen gelernt und müssen daher definieren: Annahme = Annahme als Erfüllung. Diese Definition der Annahme als Annahme als Erfüllung ist in der Literatur so gut wie unbestritten und ergibt sich aus den §§ 283, 326, 363, 464, 539 B. G. B.[4]) Handelt es sich nun um eine körperliche Leistung — und nur bei solchen kann auch eine Abnahme in Frage kommen — so ist zum Begriff der Annahme die bloße Anerkennung der Leistung als Erfüllung nicht genügend, es muß sich die Annahme vielmehr auch auf den Leistungsgegenstand erstrecken, d. h. es muß auch eine körperliche Annahme stattfinden. Hätte nämlich bei Obligationen mit körperlichem Substrat der Gläubiger durch bloße Anerkennung die Annahme bereits vollzogen, so ständen dem Schuldner gegen den Gläubiger nicht die im B. G. B. statuierten Hilfs- und Befreiungsmittel zur Verfügung, wenn er durch die körperliche Innehabung belästigt wird. Denn der Gläubiger würde, wenn er die Anerkennung ausspricht, die körperliche Annahme aber verweigert, angenommen haben, d. h. sich nicht in Gläubigerverzug befinden, und die Mittel, welche die

[1]) cf. auch Mommsen, S. 134, Schey S. 27.

[2]) Mot. Bd. 2, S. 69.

[3]) Daß „Abnahme" zum mindesten eine körperliche Wegnahme erfordert, darüber sind sich alle Schriftsteller einig.

[4]) cf. Staud., § 293, Anm. 1b. Oertmann, § 464, Anm. 2, § 363, Anm. 9. Rümelin, S. 218ff. Schöller, S. 37ff. Dür.-Hach., Bd. 3, S. 211. Endemann, Bd. 1, S. 794. Planck, § 464, Anm. 1a. Rosenberg, S. 253. Laband, a. a. O., S. 310. Hacker, S. 460. R. G., Bd. 57, S. 358.

§§ 300 ff. B. G. B. bieten, wären nicht anwendbar, da eben kein Annahmeverzug vorliegen würde. Die Annahme zerfällt also bei körperlichen Leistungen in zwei Bestandteile: **1. die Anerkennung als Erfüllung; 2. die körperliche Wegnahme, die Abnahme.** Die Abnahme, deren Begriff wir hiermit festlegen und auf dessen nähere Begründung wir unten noch einmal zurückkommen werden, ist also in dem weiteren Begriff der Annahme enthalten, und wenn, wie wir festgestellt haben, nicht auf Annahme geklagt werden kann, da Annahme nur ein Gläubigerrecht ist, so ergibt sich durch argumentum a majore ad minus hieraus, daß gleichfalls auch die Abnahme keine klagbare Schuldnerpflicht, vielmehr gleichfalls lediglich ein Gläubigerrecht ist.

Trotzdem legt das B. G. B. in den §§ 433, Abs. 2 und 640, Abs. 1 dem Käufer und dem Werkbesteller eine Pflicht zur Abnahme auf. Die Gründe, weshalb sich das Gesetz durch Statuierung dieser Vorschriften über den Fundamentalsatz, daß dem Gläubiger eine Leistung nicht aufgedrängt werden kann, hinweggesetzt hat, sollen im folgenden untersucht werden.

§ 3. Unser Verkehrsleben und unsere moderne Rechtsanschauung ist, dem römischen Rechte folgend, durchtränkt von dem Prinzip der bona fides. Während bei Dienstverträgen, bei dem Auftrage, der Geschäftsführung ohne Auftrag, der Verwahrung, der Leihe und der Gesellschaft ein besonderes Treuverhältnis besteht, welches eine Hingebung für fremde Interessen fordert, treten beim Kauf- und Werkvertrag einander entgegengesetzte Interessen gegenüber, sodaß der Begriff von Treu und Glauben hier eine andere Tragweite hat als bei den übrigen Verträgen. In der Natur des Kaufes und Verkaufes liegt es, daß jede Vertragspartei ihre eigenen Interessen egoistisch verfolgt, und in Erkenntnis dieser Tatsache erklären auch die römischen Juristen: es sei gestattet, um geringen Preis zu kaufen, was mehr wert ist und teurer zu verkaufen, was weniger wert ist, d. h. die Gegenpartei zu übervorteilen.[1] „Treu und Glauben beim Kaufgeschäft fordern nur, daß man nicht mit Waffen kämpft, die im Verkehr als unanständig angesehen werden".[2]

[1] l. 22 § 3 D. locati 19, 2.
[2] Dernburg, § 167 VI.

Aus der Anwendung von Treu und Glauben beim Kauf können wir somit eine Pflicht des Käufers, die gekaufte Sache abzunehmen, nicht konstruieren. Das Gleiche läßt sich von dem materiellen Werkvertrage (bei einem solchen kommt eine Abnahme nur in Frage) sagen. Auch hier treten einander entgegengesetzte Interessen wirtschaftlich Gleichstehender gegenüber; das Interesse des Bestellers an der durch Arbeitsleistung zu bewirkenden Sachleistung, — das Interesse des Unternehmers an der Vergütung. Eine Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben läßt eine Abnahmepflicht nicht gerechtfertigt erscheinen, denn wie bei dem Kaufe, handelt es sich hier um den gegenseitigen Austausch von Leistungen, mag auch bei dem Kaufvertrage das Element des Stoffes, beim Werkvertrage das der Arbeitsleistung überwiegen.[1]) So sagt schon Gajus in seinen res cottidianae (pr. I. h. t. 3, 23; 1. 2, pr. D. h. t. 19, 2) locatio et conductio proxima est emptione et venditione isdemque juris regulis consistunt.

Was das Kaufgeschäft angeht, so ist noch hervorzuheben, daß dasselbe in den Anfängen der Rechtsentwickelung ein Realtausch oder Bargeschäft war, d. h. ein wechselseitiges Uebereignungsgeschäft der zur Stelle gebrachten Gebrauchsgegenstände und später der Sachgüter gegen Geld. Die Rechtsform eines solchen Realaustausches oder Naturalkaufes zeigt uns deutlich noch die mancipatio des älteren römischen Rechtes,[2]) und auch die Kaufform des älteren deutschen Rechtes[3]). Eine besondere Abnahmepflicht konnte hier nicht Platz greifen. Erst mit dem Augenblick, wo dieser Realtausch den Bedürfnissen des Verkehrs nicht mehr genügt, weil Ware und Preis nicht immer zu sofortigem Austausch bereitstehen können und infolgedessen anstelle des Realaustausches der Austausch gegenseitiger Leistungsversprechen

[1]) Anderer Ansicht Dernburg § 322, II. Aber es ist unstatthaft, eine Pflicht aus dem Prinzip herzuleiten, wie bestehende Pflichten zu erfüllen sind. § 242 B. G. B.

[2]) Dernburg Bd. 2 § 167, Endemann, § 157 1. Bechmann, Bd. 1, S. 7. ff.

[3]) Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2 S. 230. Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts § 67 S. 446. § 71 S. 477, § 83 S. 525. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte § 11 S. 63.

tritt, m. a. W. die äußere Form des nackten Vollzuges sich mit der Rechtsidee der „Verpflichtung“ erfüllt, kann eine Abnahmepflicht in Frage kommen.

Die Frage, ob das römische Recht eine Abnahmepflicht des Käufers statuiert hat, ist in Wissenschaft und Praxis heiß umstritten gewesen. Den allgemeinen Stützpunkt für das Bejahen und Verneinen derselben bildet die l. 9 D. 19. 1. (Pomponius libro vicesimo ad Sabinum) die besagt: „si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat“. Dem Verkäufer wird hier die actio venditi gegen den Käufer gegeben, der die gekauften Steine aus dem Landgut nicht räumen will. Gegenstand des Streites bildet nun die Frage: gibt die l. 9 eine generelle Regel, oder normiert sie nur einen speziellen Fall. Goldschmidt[1]), Brinckmann[2]), Treitschke[3]), Schmidt-Scharff[4]) und Hirsch[5]) leiten aus der l. 9 das Prinzip einer Abnahmepflicht her, während Mommsen[6]), Windscheid (Kipp)[7]) Kohler[8]), Jakobi[9]), Endemann[10]) das Bestehen einer generellen Abnahmepflicht im römischen Recht verneinen und die in der Gesetzesstelle statuierte Pflicht auf den singulären Inhalt des zu Grunde liegenden Vertrages zurückführen. Nach einer vermittelnden Meinung[11]) besteht im römischen Recht eine Abnahmepflicht nur bei einem besonderen Interesse des Verkäufers.

Die erste Ansicht, die bei jedem Kauf eine Klage auf Abnahme als gegeben annimmt, geht entschieden zu weit. Die Eigentümlichkeit des angeführten Kaufs und der Umstand, dass die Stelle allein dasteht, gestattet bei der casuistischen Abfassung der Digesten eine solche extensive Interpretation

[1]) Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht Bd. 30, S. 58 ff.
[2]) Handelsrecht § 100.
[3]) Der Kaufkontrakt S. 273.
[4]) Wirkung der mora accipiendi S. 32.
[5]) Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge S. 191.
[6]) Die Lehre von der mora S. 134 Anm. 3.
[7]) Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. 2 § 347.
[8]) In Jherings Jahrbr. Bd. 17 S. 275, 287.
[9]) „ „ „ „ 45 „ 260.
[10]) Lehrbuch S. 791, 938.
[11]) Wolff, S. 488, 490 ff. Sintenis Bd. 2 S. 216, Barkhausen S. 30 ff. Oertmann: Archiv f. zivil. Prax, Bd. 83 S. 225. Dernburg: Pandekten Bd. 2, S. 267.

nicht. Ob daher der Nebenvertrags- oder Interessentheorie, der vor allem die Praxis gefolgt ist,[1]) der Vorzug zu geben ist, wollen wir dahingestellt sein lassen. Beide Ansichten sind verwandt und stimmen darin überein, dass es sich in der l. 9 offensichtlich um einen singulären Fall handelt, der zu erkennen gibt, dass die übrigen Rechtsbehelfe nicht ausreichten, und dass Pomponius dem Verkäufer nicht anders zu helfen wusste, als dass er auf Grund des praktischen Bedürfnisses die actio venditi auf die Abnahme der Kaufsache ausdehnte.

Anders als bei dem Kauf knüpfen die römischen Quellen an die Nichtvornahme der „Approbation" durch den locator besondere Rechtsfolgen und bestimmen, dass diese adprobatio von dem locator ohne triftigen Grund nicht verweigert werden dürfe. Aber weder die l. 60 § 3 D. 19, 2 noch die l. 24 pr. eod. sind m. E. geeignet, um aus ihnen eine generelle, klagbare Pflicht zur Abnahme zu folgern. Denn die Probation war ihrem Wortsinn nach einfach die Billigung des Werkes. Eine solche Billigung läßt sich aber in den weitaus meisten Fällen des täglichen Lebens erst nach Uebernahme des Werks vornehmen, und so hat im römischen Recht die adprobatio den Sinn: das Werk in die tatsächliche Verfügungsgewalt zu übernehmen und es zu billigen. Diese in der Literatur unter anderen auch von Dernburg,[2]) Windreich,[3]) Puchta[4]) vertretene Ansicht ist die herrschende und wird nur von Dankwardt[5]) bestritten. Die Abnahmepflicht entsprang also hier einem ganz anderen Rechtsgrunde. Außerdem ist zu bemerken, daß nach römischem und gemeinen Recht ein Werkvertrag nur dann vorlag, wenn der Unternehmer Stoff des Bestellers verarbeitete, und hier konnte es wohl Fälle geben, in denen es der bona fides entsprach, daß der Besteller dem ihm selbst gehörigen Stoff dem Unternehmer nach der Bearbeitung wieder abnahm.

[1]) R. G. Bd. 5 Seite 392, Bd. 30, S. 118. Seuff. Arch. Bd. 32, S. 156. Bd. 41, S. 151. Es ist dies Gewohnheitsrecht geworden und zwar infolge der extensiven Interpretation.

[2]) S. 314.

[3]) S. 697.

[4]) Vorlesungen über das heutige röm. Recht Bd. II. S. 367.

[5]) Jherings Jahrbuch Bd. 13, S. 348 ff (siehe auch Unterholzner „Lehre des röm. Rechts von den Schuldenverhältnissen S. 351 § 509).

Wie für das römische Recht war auch im gemeinen Recht das Bestehen einer Abnahmepflicht des Käufers bestritten. Allerdings dürfte wohl für das gemeine Recht die Ansicht derer, die das Vorhandensein einer Abnahmepflicht sowohl beim Kauf- wie beim Werkvertrag bejahen, das meiste für sich haben.[1])

Ebenso kennt das A. L. R. für den Werkvertrag eine Annahmepflicht, „wenn die Kunstverständigen einstimmig finden, daß das Werk tüchtig und kontraktmäßig angefertigt war", (A. L. R. I, 2 § 945) und auch hinsichtlich des Kaufes bestimmt das A. L. R in dem § 215 I, 11: „Ist der Verkäufer bereit, die Sache vertragsmäßig zu übergeben, so ist der Käufer sie sofort zu übernehmen schuldig".

Angesichts des klaren Wortlautes dieser Bestimmung hat die Ansicht Dernburgs (Preuß. Privatr., Bd. 2, § 150), der für die Klagbarkeit der Abnahmepflicht eine ausdrückliche oder stillschweigende Einigung der Kontrahenten hierüber oder ein besonderes Interesse des Verkäufers fordert, in der Praxis keine Billigung gefunden. Ebenso nicht die Ansicht Labands in Arch. für ziv. Prax. Bd. 74 S. 306, der Klagbarkeit überhaupt leugnet und dem § 215 nur die Bedeutung zumißt, daß er den Zeitpunkt normiere, in welchem der Käufer in den durch die folgenden Paragraphen geregelten Annahmeverzug kommt.[2])

Eine gleiche Pflicht zur Abnahme der Kaufsache und des Werkes kennt auch das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch[3]), jedoch gibt die österreichische Praxis trotzdem keine Klage auf Abnahme[4]).

---

[1]) Stobbe, Deutsches Privatrecht § 184 S. 242, cf. Thöl S. 895 § 272. Treitschke „Kaufkontrakt" S. 273.

[2]) cf. R. G. Bd. 26 S. 216, Förster-Eccius Bd. 2 S. 66. Hirsch S. 195. Sprenger: Gruchots Beitr. Bd. 34 S. 591 Bd. 31 S. 938. Mot. Bd. 2 S. 317.

[3]) § 1062 bestimmt: **„Der Käufer** hingegen ist verbunden, die Sache sogleich oder zur bedungenen Zeit zu übernehmen . . ." Nach v. Stubenrauch „Bürgerliches Gesetzbuch für Oesterreich" 8. Aufl. Bd. 2 S. 419 ist **der Besteller** verpflichtet, sobald der Arbeiter das Werk dem Vertrage gemäß fertig gestellt und abgeliefert hat, dasselbe als Erfüllung des Vertrages anzunehmen.

[4]) Nach österreichischem bürgerlichem Recht treten im Falle der Nichtabnahme beim Kauf nur die Bestimmungen des § 1419 in Kraft, nach denen lediglich die „widrigen Folgen" auf den säumigen Käufer fallen. cf. auch § 1425. — Verweigert beim Werk der Besteller grundlos die Abnahme, so gerät er in Annahmeverzug. cf. Stubenrauch § 1066 IV S. 292 u. S. 419.

Das Schweizerische Obligationenrecht normiert im Art. 211 gleichfalls eine Abnahmepflicht, indem es bestimmt: „Der Käufer ist verpflichtet, den Preis nach den Bestimmungen des Vertrags zu bezahlen und die gekaufte Sache, sofern sie ihm von dem Verkäufer vertragsmäßig angeboten wird, anzunehmen. Die Empfangnahme muß sofort geschehen, wenn nicht etwas anderes vereinbart oder ortsüblich ist". Ebenso der Hessische Entwurf II, 1 in Art. 21 und der Dresdner Entwurf in Art. 456.

Das französische Recht enthält in seinem Code Civile Art. 1650 keine ausdrückliche Bestimmung über eine Verpflichtung zur Abnahme weder für den Kauf noch für den Werkvertrag, jedoch wird in der französischen Jurisprudenz eine derartige Verpflichtung des Käufers entgegen den Einschränkungen Cromes [1]) allgemein anerkannt. [2]) So ist nach Zachariae v. Lingenthal [3]) der Käufer verpflichtet, die verkaufte Sache, wann und wo sie zu übergeben ist, zu übernehmen oder wegzunehmen. Dasselbe muß man auch von dem Badischen Landrecht sagen.

Das alte Handelsgesetzbuch enthält in Art. 346 die Bestimmung: „Der Käufer ist verpflichtet, die Ware zu empfangen usw." War schon die Tragweite der Bestimmung in § 215 I. 11 A. L. R. bestritten, so erzeugte die Unklarheit des Ausdruckes „empfangen" in Art. 346 A. H. B. eine noch tiefere Spaltung in den Ansichten. In dem deutschen Entwurf 2. Lesung war beantragt worden, statt „Empfangnehmen" „Abnahme" zu setzen, da es sich hier doch um einen Akt der Hinwegnahme handele und der Ausdruck „Empfangnahme" auch in § 343 A. H. G. irreführend sei, da an mehreren großen Handelsplätzen mit dem Begriff der Empfangnahme zugleich der Sinn der Genehmigung verbunden werde. Jedoch wurde dieser Antrag abgelehnt mit der Begründung, daß die Rücksicht auf einen besonderen Sprachgebrauch für die Sprache des Gesetzes nicht maßgebend und bindend sein könne [4]).

[1]) Bd. 2, S. 494.

[2]) Laurent, Bd. 3, S. 436. Aubry et Rau, Bd. 4, S. 394. Baudry-Lacantinerie, Bd. 3, S. 366. Bachem, S. 708. Hangen, in Zeitschr. für franz. Zivilrecht, Bd. 23, S. 377.

[3]) Handbuch des franz. Civilrechts Bd. II, S. 389.

[4]) cf. Hackert, S. 63.

Das Reichsgericht und das Reichsoberhandelsgericht sind für Empfangnahme gleich Annahme als Erfüllung[1]) eingetreten. Abweichend ist nur die Entscheidung R. O. H. G. Bd. 7, S. 356, R. G. Bd. 43, S. 46, in denen die Empfangnahme als der Akt bezeichnet wird, durch den der Käufer „die Ware von dem Verkäufer entgegennimmt, den Verkäufer von der Verpflichtung zur Aufbewahrung befreit". Uebereinstimmend hat man aber in der Praxis trotz des ausdrücklichen Wortlauts des § 346 unbegreiflicherweise eine klagbare Verpflichtung nicht anerkannt[2]). Der in der Theorie[3]) und Praxis entbrannte Streit über die Frage nach dem Inhalt und der Klagbarkeit der Abnahmepflicht fand dann auch bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch seinen Niederschlag. Das Resultat dieser Vorarbeiten fand schließlich für den Kauf die gesetzliche Fixierung[4]) der Klagbarkeit in dem § 433 Abs. 2 B. G. B., der bestimmt: **„Der Käufer ist verpflichtet,** dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und **die gekaufte Sache abzunehmen".** Auch für den Werkvertrag erging in § 460 B. G. B. die Bestimmung: **„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen,** sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist".

II. Kapitel.

§ 1. Wir haben oben festgestellt, daß die Abnahme als ein Teil der Annahme — als der körperliche Teil der Annahme — aufzufassen ist.[5])

---

[1]) R. O. H. G., Bd. 21, S. 259. Reichsgericht, Bd. 3, S. 89; Bd. 30, S. 117 u. a.

[2]) R. G. Bd. 5, S. 393; Bd. 14, S. 214 ff.; Bd. 30, S. 117 ff. In Gruchots-Beiträgen Bd. 31, S. 938 ff.; O. L. G. in Seuff. Archiv Bd. 40, S. 151 ff., Bd. 47, S. 151 usw.

[3]) Makower S. 348. Willenbücher § 348. Staub, Bd, 5, S. 858 ff. Jakobi S. 263. Hirsch S. 196 ff., S. 296. Schütze S. 17. Barkhausen S. 55 ff. Kohler in Jherings Jahrb. Bd. 17, S. 261 u. a.

[4]) Laband, S. 306. Cosack, § 130, VI. Jakobi, Rosenberg S. 247, S. 253. R. G. Bd. 53, S. 162 f. Bd. 56, S. 141 f.

[5]) Von körperlicher Wegnahme und Annahme als Erfüllung zu sprechen, wie Schmidt, S. 13 und einige andere Schriftsteller den Begriff der Abnahme definieren wollen, ist nach unserer Erklärung ein Pleonasmus.

a. Damit wenden wir uns gegen alle die Ansichten, welche die Begriffe Abnahme und Annahme als Erfüllung identifizieren, [1]) eine Auffassung, die auf die Erörterungen Labands [2]) zum Entwurf des B. G. B. zurückzuführen ist. Es wäre unverständlich, warum das B. G. B. bei seiner präzisen Sprache für einen und denselben Vorgang verschiedene Ausdrücke wählte, und unlogisch, wenn es einem Teil (der Abnahme) denselben Inhalt gäbe, wie dem Ganzen (der Annahme). Hierzu kommt noch der prinzipielle Standpunkt des B. G. B., das die Mitwirkunspflicht des Gläubigers, die Annahme als Erfüllung, als Schuldnerpflicht nicht anerkannt hat. Das gilt für den Abnahmebegriff beim Kauf sowohl wie beim Werkvertrage. Dennoch gibt die herrschende Meinung zwar für den Kauf zu [3]), daß der Begriff der Abnahme hier nur gegenständlich zu verstehen sei und nur den Zweck habe, den Verkäufer von dem Besitz der Sache zu befreien; für den Werkvertrag [4]) jedoch behauptet sie, hier müsse die Abnahme die Bedeutung von Annahme als Erfüllung haben. Auch damit wird aber dem B. G. B. eine Inkonsequenz im Sprachgebrauch vorgeworfen. Hätte nämlich beim Werkvertrag die Abnahme die Bedeutung von Annahme als Erfüllung, so ergäben sich folgende mißliche Konsequenzen: Gemäß § 640 ist der Besteller verpflichtet, das Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Negativ ausgedrückt heißt das aber nichts anderes, als daß bei den nicht abnahmefähigen Werken der Besteller auch nicht zu ihrer Abnahme verpflichtet ist. Hätte nun in § 640

[1]) Hohenstein im Arch. für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 80; Striebinger, S. 16 ff. Staub, Exk. zu § 373, I, 1a.; Cosack Bd. 1, § 130, VI, 1; Rümelin, S. 224, 227; Schöller, S. 37 f. Anm. 46. Auch wohl Meisner § 296 Anm. 1, cf. Literaturangabe bei Oertmann § 640, Erl. II.

[2]) S. 303 ff.

[3]) Enneccerus I, § 325, II, Anm. 5; Endemann S. 795, Anm. 7; Lehmann, D. J. Z. 1902, S. 493; Oertmann, Bem. zu § 433; Planck zu § 433; Staudinger zu § 433; Rosenberg S. 255; Bechmann Bd. 3, S. 158; R. G. in Recht 1905 Nr. 24, S. 16 und fast alle Dissertationen mit Ausnahme von Strübinger.

[4]) Planck und Fischer-Henle zu § 640; Lehmann S. 491, ff. 495; Schöller S. 36 ff. R. G. Bd. 57, S. 338 ff. Ennecerus § 372: Riezler S. 135 Kuhlenbeck § 640 Anm. 1.; Neumann § 363 Anm. 1; Oertmann § 640; Staudinger § 640; Rümelin S. 217 f.; Kommentar der Reichsgerichtsräte; R. G. in Jur. W. Schrift 1908, S. 432 Nr. 5.

die Abnahme die Bedeutung von Annahme als Erfüllung, so ergäbe sich, daß der Besteller bei den immateriellen Werken auch zu der Anerkennung als Erfüllung nicht verpflichtet wäre. Ein Grund für eine derartige Gesetzesbestimmung, daß eine Abnahmepflicht im Sinne einer Pflicht zur Annahme als Erfüllung nur bei materiellen, nicht aber bei immateriellen Werken besteht, ist unerfindlich, und die Statuierung einer solchen Norm würde eine Willkür des Gesetzes bedeuten. Ein Interesse an der Annahme als Erfüllung, mit dem die Gegenmeinung die Abnahme als Annahme allgemein rechtfertigt und stützt, [1]) würde bei immateriellen wie bei materiellen Werken gleichmäßig vorliegen.

Ferner ergäbe sich eine Schwierigkeit hinsichtlich der Gefahrtragung. Gemäß § 644 trägt diese bis zur Abnahme des Werkes der Unternehmer. Wäre nun Abnahme identisch mit Annahme als Erfüllung, so trüge der Unternehmer auch nach der körperlichen Abnahme bis zur Anerkennung als Erfüllung die Gefahr, weil der Besteller noch nicht „abgenommen" hätte. Einen Gefahrübergang gemäß § 300 eintreten zu lassen, wie es Oertmann [2]), Titze [3]) und Töpfer [4]) tun, halten wir für unmöglich, denn daß das Gesetz die Anwendung des § 300 nur bei Unterlassen körperlicher Annahme zuläßt, ergibt sich aus dem Vergleich mit den übrigen bei Annahmeverzug gegebenen gesetzlichen Erleichterungsmöglichkeiten und Befreiungsrechten der §§ 301 ff. Die Unmöglichkeit, aus § 300 bereits einen Gefahrübergang anzunehmen, ergibt sich auch aus der Erwägung, daß sonst gemäß § 300 B. G. B. für den Werkvertrag zwei Momente des Gefahrüberganges völlig willkürlich statuiert werden: einmal den bei körperlicher Abnahme und Verweigerung der Anerkennung als Erfüllung, das andere Mal umgekehrt bei Anerkennung als Erfüllung aber Verweigerung der körperlichen Abnahme. Das wäre aber widersinnig. Aus § 300 kann also nicht gefolgert werden, daß die Gefahr auf den Besteller übergegangen ist. Diese trägt vielmehr der Unternehmer, da die Abnahme — im Sinne von Annahme als Erfüllung — noch nicht erfolgt ist. § 644 B. G. B.

[1]) Hirsch S. 299.
[2]) § 640.
[3]) S. 299 ff.
[4]) S. 130.

Wäre demnach beim Werkvertrag Abnahme und Annahme als Erfüllung identisch, so ergäbe sich eine unbegründete und unverständliche Belastung des Unternehmers, die zu einer unerträglichen Gefahr ausarten kann, wenn der Besteller die Anerkennung auf ungewisse Zeit hinausschiebt [1]).

Hieraus entspringt gleichzeitig ein neuer Mangel der herrschenden Ansicht: Nach § 638 beginnt die Verjährung der Ansprüche des Bestellers gegen Mängel des Werkes mit der Abnahme desselben. Wäre nun Abnahme identisch mit Anerkennung als Erfüllung, so könnte der Besteller, der das Werk bereits körperlich abgenommen und in Händen hat, die Verjährung dadurch hinausschieben, daß er sich weigert, die Leistung als Erfüllung anzuerkennen. Die Möglichkeit, daß der Unternehmer auf Abnahme klagen könnte, würde seine unerquickliche Lage nicht sonderlich bessern, da die Abnahme doch erst mit der Rechtskraft des auf Anerkenntnis lautenden Urteils vollzogen wäre [2]).

Von mehreren Schriftstellern, u. a. auch von Planck[3]) und Lehmann[4]), wird zum Beweise dafür, daß die Abnahme den Sinn von Annahme als Erfüllung habe, betont, diese Auffassung habe im Gesetz selbst darin Ausdruck gefunden, daß dem Besteller die Verpflichtung auferlegt werde, „das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen". Doch dieser Grund ist nicht stichhaltig. Aus dem Ausdruck „vertragsmäßig" kann nämlich nicht etwa eine Pflicht zur Anerkennung gefolgert werden, vielmehr bildet er nur die Voraussetzung, unter der eine Abnahmepflicht überhaupt vorliegt. Für den Kauf ist in § 433 Abs. 2 das Erfordernis der Vertragsmäßigkeit nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch wird

[1]) Bei dem Kaufvertrag würde allerdings selbst bei Bedeutung der Abnahme als Annahme als Erfüllung die Gefahr bereits vorher durch die körperliche Abnahme auf den Käufer gemäß § 446 B. G. B. übergegangen sein.

[2]) In Erkenntnis dieses Mißstandes will Rosenberg, der im übrigen sich der Auffassung von Abnahme als Annahme als Erfüllung angeschlossen hat, den Begriff der Abnahme in dem § 638 eine besondere Auslegung geben. Dem treten wir entgegen unter Hinweis auf § 644, aus dem hervorgeht, daß das B. G. B. eine einheitliche Auffassung des Abnahmebegriffs beim Werkvertrage hat.

[3]) Zu § 640, 1 c.

[4]) S. 495.

es von der herrschenden und auch hier vertretenen Meinung anerkannt, und zwar als eine Voraussetzung der Abnahmepflicht. Es ist somit inkonsequent, dem Ausdruck „vertragsmäßig“ in § 640 eine andere Bedeutung beizumessen, als vorher bei dem Kauf.

Hieran ändert auch nichts die Tatsache, daß das Gesetz von der Abnahme des vertragsmäßig hergestellten „Werkes“ spricht. Lehmann[1]) folgert hieraus: Geschuldete Leistung sei „das Werk abnehmen“, nicht bloß die körperliche Entgegennahme des Werkes. Dagegen ist zu bemerken, daß das Werk, bei dem eine Abnahmepflicht überhaupt in Frage kommt, stets in einer Sache verkörpert sein muß, und daß das Gesetz deshalb dem Ausdruck „Werk“ nicht einen besonderen Unterton geben konnte noch wollte. Vielmehr ist im § 640 der Ausdruck „Werk“ nur der Einfachheit halber gebraucht, zumal ja auch keine Definition des Werkvertrages im B. G. B. aufgestellt ist. Lautete nämlich § 640 so: „Der Besteller ist verpflichtet, die vertragsmäßig hergestellte Sache abzunehmen“, so wäre die Wortfassung keine glückliche, da man über die Art des zu Grunde liegenden Vertrages im Unklaren wäre[2]).

Ferner ist geltend gemacht worden, daß nach § 640 Abs. *2* die Geltendmachung der dem Besteller bekannten Mängel durch vorbehaltlose **Abnahme,** nach § 464 der dem Käufer bekannten Mängel durch vorbehaltlose **Annahme** erlischt. Mit Unrecht wollen die Vertreter der von uns angefochtenen Auffassung die §§ 640 und 464 parallelisieren und hieraus folgern, daß die Abnahme in § 640 den Sinn von Annahme als Erfüllung wie in § 464 habe. Aber gerade hierdurch offenbart die herrschende Meinung, daß sie den Zweck der Bestimmungen der §§ 640 und 464 verkannt hat. Während nämlich sonst, um die Gleichstellung von Abnahme und Annahme als Erfüllung zu begründen, immer wieder hervorgehoben wird, daß man hiermit allein dem Interesse und den praktischen Bedürfnissen des Unternehmers gerecht werde, versagt diese Begründung hier vollends und verkehrt sich in ihr Gegenteil. Richtig ist die Begründung der Gegenmeinung so weit, als sie behauptet, daß der

[1]) S. 495.

[2]) So auch Brinkmann S. 17 mit ähnlicher Begründung.

Unternehmer das speziell für den Besteller hergestellte Werk anderweitig schlechter verwerten kann als der Verkäufer seine weniger individuelle Kaufsache, und daß der Unternehmer deshalb ein größeres Interesse als der Verkäufer daran hat, zu erfahren, ob der Besteller einen Mangel des Werkes gegen ihn geltend machen will oder nicht. Gerade deswegen ist in § 640 bestimmt, die Geltendmachung der dem Besteller bekannten Mängel soll nicht erst wie beim Kauf mit der Annahme als Erfüllung erlöschen, sondern schon mit der ersten über das Werk verfügenden Handlung des Bestellers, mit der Abnahme. Somit hat der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsrücksichten gerade im § 640 den Ausdruck Abnahme im bewußten Gegensatz[1]) zu dem der Annahme in § 464 gestellt, und es ist deshalb unmöglich, in Wirklichkeit verschiedene Vorschriften zu parallelisieren und aus ihnen eine gemeinsame Erklärung für tatsächlich verschiedene Ausdrücke zu finden.

Haben wir somit auch für den Werkvertrag festgestellt, daß Abnahme nicht identisch ist mit Annahme als Erfüllung, so müssen wir uns nunmehr gegen die dieser Meinung nahe verwandte Auffassung wenden, welche in der Abnahme eine Hinwegnahme mit stillschweigender oder ausdrücklicher Erklärung der **Billigung** sieht[2]).

b) Gegen diese Auffassung führen wir zunächst die oben erwähnten, für den Unternehmer unbilligen Resultate bezüglich der Gefahrtragung und Verjährung an. Unter Billigung wäre sodann zu verstehen: die Anerkennung, daß das gelieferte Werk fehlerfrei sei. Da eine solche Billigung aber nur nach vorgenommener Prüfung erfolgen könnte, so würde in der Abnahme = als Billigungspflicht indirekt auch eine Prüfungspflicht dem Besteller auferlegt. Eine solche

---

[1]) Die Absicht der zweiten Kommission, der Abnahme in den Vorschriften über den Werkvertrag eine andere Bedeutung zu geben als in denen über den Kaufvertrag, ist nicht zur Ausführung gelangt. Protokolle II, S. 317.

[2]) Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 312 ff. System § 266 1b. Enneccerus S. 684. Kisch, Besprechung von Titze S. 563. Rümelin S. 214 ff. Rosenberg in Jherings Jahrb., Bd. 43, S. 255 ff. Emerich S. 88 ff. und Riezler S. 135 scheinen unter Billigung nur Annahme als Erfüllung zu verstehen.

Prüfungspflicht ist aber überhaupt dem B. G. B. fremd [1]) und ist auch nach den Vorarbeiten ausdrücklich abgelehnt [2]) worden. Nur dem H. G. B. im § 377 ist sie für den Kauf als beiderseitiges Handelsgeschäft bekannt.

Daß die Abnahme nicht Billigung im Sinne von Anerkennung der Fehlerlosigkeit bedeuten kann, ergibt sich auch aus § 640, Abs. 2, der sagt: „Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält". Eine solche Bestimmung wäre überflüssig und verfehlt, wenn das Gesetz eine Prüfung erforderte; [3]) überflüssig deshalb, weil es selbstverständlich wäre, daß nach der Prüfung die Geltendmachung der bekannten Mängel ausgeschlossen ist, verfehlt weil § 640, Abs. 2 dem Besteller die Rechte aus den §§ 633, 634 auch dann gibt, wenn es sich um Mängel handelt, die durch eine Prüfung hätten aufgedeckt werden können. Und es hätte doch die logische Konsequenz sein müssen, die Berufung auf solche Mängel auszuschließen, oder an der Unterlassung der Prüfung irgendwelche Wirkungen zu schließen [4]). Das tut aber das Gesetz nicht, eben weil es mit der Abnahme nicht den Begriff der Billigung resp. Prüfung verbindet [5]). Das erhellt auch aus den Bestimmungen der §§ 640 Abs. 1 und 646. Denn wie könnte das Gesetz von Werken sprechen, nach deren Beschaffenheit die Abnahme ausgeschlossen ist, wenn es unter abnehmen auch billigen verstanden wissen wollte!

Das Gesagte schließt nicht aus, daß in der Abnahmehandlung des Käufers oder Bestellers zugleich eine Annahme als Erfüllung oder eine Billigung liegen kann. [6]) Unrichtig ist jedoch die nicht näher begründete Behauptung Hohensteins [7]), dass die vollzogene Abnahme stets eine Annahme

[1]) Lehmann, D. J.-Z. 1902, S. 494. Rümelin S. 218.

[2]) Mugdan Mat., Bd. 2, S. 124, 671. Wohlbekannt im Schweizer Bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 357.

[3]) Jacobi S. 279 f.

[4]) So auch Lehmann und Jakobi.

[5]) Auch die Motive Bd. 2, S. 490 sprechen gegen eine Billigungspflicht bei Kauf- und Werkvertrag, desgleichen die Protokolle Bd. 2, S. 317.

[6]) Lehmann, S. 493.

[7]) Archiv f. Bürgerliches Recht Bd. 25 S. 80.

als Erfüllung enthalte. Die Annahme als Erfüllung resp. die Billigung liegt nämlich beim Kauf- und Werkvertrag nicht in der Abnahme als solcher, sondern in einem solchen Verhalten des Käufers resp. Bestellers, durch das er „bei und nach der Hinnahme zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne". [1]) Ob ein solches Verhalten vorliegt, ist nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilen. Es wäre z. B. eine Annahme als Erfüllung darin zu finden, daß der Käufer über die Ware tatsächlich oder rechtlich verfügt. [2]) Als zu weitgehend erscheint die Ansicht von Rümelin, a. a. O. S. 220, der verlangt, wenn nicht auf Annahme als Erfüllung geschlossen werden soll, daß innerhalb der Zeit, in der bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang eine Prüfung stattzufinden pflegt, eine Erklärung abgegeben wird.

§ 2. Somit haben wir festgestellt, daß die Abnahme losgelöst von dem Willensakt der Annahme als Erfüllung und dem der Billigung als pure Abnahme erklärt werden muß. [3]) Der Akt der körperlichen Abnahme kann nun eine zweifache Deutung finden, je nachdem man den Schwerpunkt auf die Tätigkeit des Abnehmens oder auf den Erfolg der Abnahme legt. Im ersten Falle erhebt sich die Frage, wer hat und wie ist abzunehmen, im zweiten Falle ist zu prüfen, welches ist der erstrebte Erfolg. Bei der Betonung der Tätigkeit tritt die Person des Abnehmenden, bei der Betonung des Erfolges die Person dessen, dem abgenommen werden soll, in den Vordergrund.

Die Theorie hat die Frage nach dem Inhalt der Abnahme verschieden beantwortet, je nachdem, von welchem Gesichtspunkt sie, — wenn auch unbewußt — die Abnahme betrachtet hat. Diejenigen, die auf die Tätigkeit bei der Abnahme das Hauptgewicht legen, erklären die Abnahme als ein Tun des Abnehmenden, durch das er den Verkäufer resp. Unternehmer von dem Besitz der Sache befreit, indem er die Sache in seinen Besitz resp. in seine Verfügungsgewalt bringt. Zu dieser Ansicht bekennen sich die meisten

---

[1]) R. G. Bd. 57 S. 339.

[2]) So Dernburg Bd. 1, § 115, Bd. 2 § 184, IV. Lehmann-Ring H. G. B. § 377 Nr. 79 Planck § 363 Erl. 1, R. G. in Jur. W. 1909 S. 309.

[3]) Ebenso Lotmar „der Arbeitsvertrag" 1908. Bd. 2 S. 844 f.

Schriftsteller,[1]) und auch die gesamte Praxis[2]) hat in diesem Sinne ihre Entscheidung getroffen.

Wir treten dieser Auffassung entgegen, indem wir den Inhalt der Abnahme allein aus dem von ihr bezweckten Erfolg definieren; denn man kann nicht sagen, daß die Verpflichtung zur Abnahme auf einzelne und bestimmt geartete Körperbewegungen[3]) des Käufers resp. des Bestellers geht. So tritt denn bei Betonung des durch die Abnahme erstrebten Erfolges, wie bereits erwähnt, die Person des Abnahmefordernden in den Vordergrund, und es ist deshalb zu prüfen, welches der für ihn erstrebenswerte Erfolg ist, d. h. welches Interesse er an der Abnahme hat.

Es ist davon auszugehen, daß Kauf- und Werkvertrag gerade die Geschäfte sind, bei denen am meisten große Mengen von Sachen durch die Hände derer gehen, zu deren Gunsten die Abnahmepflicht besteht und bei denen ein Stocken im Umlauf der Sachen am unangenehmsten empfunden wird. Die durch das Gesetz bei Annahmeverzug normierten Rechtsbehelfe reichen hier oft nicht aus,[4]) um den Verkäufer resp. Unternehmer hinreichend zu schützen. So ist der Schutz des § 300, auf Grund dessen sich die Haftung des mit dem Besitz weiterhin Beschwerten auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt, nur von beschränktem Wert. Denn der Verkäufer oder Unternehmer weiß nicht, welches die Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit ist. Das entscheidet später immer erst das richterliche Ermessen. So sind denn beide tatsächlich, um nicht eventuellen Ersatzansprüchen obendrein noch ausgesetzt zu sein, zu einer weitgehenden Sorgfaltspflicht in der Aufbewahrung verpflichtet. Der dieser Kalamität vorbeugende Rechtsbehelf

[1]) Planck, Bd. 2 S. 334. Dür.-Hach. a. a. O. Bd. 3. S. 50, auch wohl Staub, Bd. 2 § 373 Anm. 1 Oertmann Bd. 2 S. 327, Fischer-Henle § 433 Anm. 11 Endemann, Bd. 1 S. 938, 791, Cosack Bd. 1 S. 448, 460, Lehmann-Ring Bd. 2 S. 99. Sieber S. 43, Lippmann D. J. Z. 1904 S. 800. Bretzfelder S. 29 ff. 34, 42. Lehmann, D. J. Z. 1902 S. 493, Schollmeyer S. 38. Emerich S. 87. Oberloskamp S. 5. Förtsch S. 17.

[2]) z. B. R. G. Bd. 53 S. 162, Bd. 56 S. 175, Bd. 57 S. 401. O. L. G. Zweibrücken in Bay. R. Pl. Z. 4,49. Recht 06 S. 372.

[3]) Studien zur Erörterung des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, 29. Heft, Inhalt der Leistungspflicht von Dr. Martin Lesser, S. 74 ff., 81, 88 ff.

[4]) Anderer Ansicht Laband und Kohler.

der Hinterlegung ist aber auch in nur sehr beschränktem Umfange anwendbar, denn nur bestimmte Sachen sind hinterlegbar, stets aber für den Hinterlegenden mit Mühen und Kosten verbunden. Schließlich ist der Selbsthilfeverkauf mit Weiterungen verknüpft, da das Gesetz die Zulässigkeit der Versteigerung von bestimmten Formen und Voraussetzungen abhängig macht, deren leicht mögliche Verletzung dem Versteigernden obendrein weitgehende Ersatzansprüche einbringen kann[1] (cf. §§ 383, 384 B. G. B.). Hierzu kommt noch, dass der Rechtsbehelf des Selbsthilfeverkaufs nicht bei allen Waren anwendbar ist, z. B. wenn die Ware keinen Handelswert hat, durch ihre individuelle Bestimmung keinen Abnehmer finden kann, oder auch im Werte derartig gesunken ist, dass sie zur Zeit unverkäuflich ist[2], mag dies auf die allgemeine Marktlage oder auf die geschwundene Qualität der Ware zurückzuführen sein. Auch würde der Selbsthilfeverkauf seinen Zweck dann verfehlen, wenn der Ersteigerer gleichfalls die Abnahme der Ware verweigert. Die Mittel der Hinterlegung und des Selbsthilfsverkaufs versagen somit in vielen Fällen, und die Folge davon ist, daß die zur Ablieferung und Uebergabe bereite Ware weiter bei dem hierzu Verpflichteten verbleibt und platzraubend und raumstörend wirkt. Für die hierdurch entstehenden Unannehmlichkeiten und Schäden[3] kann der Verkäufer oder Unternehmer keinen Ersatz fordern. Die Bestimmung des § 304 B. G. B. deckt diesen Fall nicht,[4] denn das Mieten von Lagerräumen für hereinkommende Ware ist keine „Mehraufwendung", die zur Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes gemacht werden muß. Da nun, wie wir bereits hervorgehoben haben, Kauf- und Werkvertrag in unserem auf Austausch drängenden Wirtschaftsleben die Geschäfte sind, bei denen am meisten große Mengen von Sachen durch die Hände derer gehen, zu deren Gunsten die Abnahmepflicht besteht, so müssen wir den durch die Abnahme erstrebten Erfolg dahin erklären, daß

[1] Dür.-Hach. Bd. 3, S. 100.

[2] cf. auch Rosenberg, S. 245.

[3] z. B. wenn für neu angeschaffte oder zur Bearbeitung hereingenommene Ware besondere Lagerräume gemietet werden müssen.

[4] Ebensowenig können die Mehrkosten für das Wegschaffen nicht angenommener, verdorbener Waren hierunter subsumiert werden.

dem Verkäufer und Unternehmer die verkauften resp. bestellten Sachen vom Halse geschafft werden, gleichgültig durch welche Handlungen des hierzu Verpflichteten [1]). In diesem Sinne bemerkt auch Jakobi [2]) richtig, es bestände nur die Pflicht, den Verkäufer von dem Besitz der Sache bei dem Abnahmeverzuge zu befreien. Diese Pflicht könne es zwar mit sich bringen, daß er die gekaufte Sache unter Umständen auch wohl an sich oder in die Hand nehmen müsse, das sei aber für die Abnahmepflicht grundsätzlich nichts wesentliches.

Daß die Abnahme nicht die Bedeutung eines Befreiungsaktes verbunden mit dem Akte der Ansichnahme haben kann, zeigt auch die Erwägung, daß es unzweckmäßig wäre, wollte das Gesetz erst von dem Abnehmenden erfordern, daß er die Sachen in seine Verfügungsgewalt brächte, wenn ihm doch nachher gestattet ist, mit den Sachen zu verfahren, wie er will. Warum sollte der zur Abnahme Verpflichtete dieses nicht gleich von Anfang an tun können? Ein Interesse des Verkäufers steht dem nicht entgegen, und es wäre Schikane, wollte das Gesetz ein Mehr verlangen, wo ein Weniger ausreicht [3]). Auch würde, wollte das Gesetz eine Ansichnahme fordern, das praktische Ergebnis das sein, daß der Käufer resp. Besteller hierdurch indirekt zur Annahme der Leistung als Erfüllung gezwungen wäre.

Wir halten somit fest, daß nur der Erfolg der Abnahme, mit andern Worten die Sachbefreiung geschuldet wird.

Auch gehört die Abnahmeleistung nicht zu den persönlich zu erfüllenden Schuldnerleistungen. Das Gesetz gestattet prinzipiell, daß für den Schuldner jeder Dritte mit befreiender Kraft leisten könne [4]). Der Schuldner ist zur persönlichen Erfüllung nur dann gehalten, wenn diese seine Verpflichtung

[1]) Somit ist auch der Einwand Labands gegen die Statuierung einer Abnahmepflicht hinfällig, daß die Vorschriften über den Annahmeverzug in allen Fällen ausreichenden Schutz gewährten. S. 307.

[2]) S. 277 ff. Anm. 2.

[3]) Brinkmann, S. 23.

[4]) Jeder Dritte kann also nach § 267 B. G. B., ohne daß der Käufer resp. Besteller etwas davon weiß, zum Verkäufer resp. Unternehmer gehen und ihm die Abnahme anbieten.

nach der Verkehrsauffassung ein besonderes Gepräge hat, z. B. bei solchen Leistungen, bei welchen persönliche Eigenschaften, Zuverlässigkeit, Treue, Fleiß, Geschicklichkeit, Talent, Ruf in das Gewicht fallen[1]). Nichts von alledem ist aber erforderlich oder von Bedeutung bei der Abnahmehandlung, und folglich kann auch ein Dritter für den Abnahmepflichtigen abnehmen, mit andern Worten der abnahmepflichtige Schuldner ist nicht gehalten, die Sache an sich zu nehmen.

III. Kapitel.

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der oben aufgestellten Behauptung, daß die Abnahme als der körperliche Teil der Annahme aufzufassen sei. Die Annahme hatten wir als eine Mitwirkungshandlung des Gläubigers zur Erfüllung der Obligation kennen gelernt und betont, daß diese lediglich ein Recht des Gläubigers ist. So waren wir denn auch zu dem Schluß gekommen, daß auch die Abnahme als ein Teil der Annahme gleichfalls von Haus aus nur ein Gläubigerrecht ist, und haben festgestellt, daß prinzipiell dem Abnahmeberechtigten die Leistung niemals aufgedrängt werden kann[2]).

In strenger Durchführung dieses Prinzips bestreitet Kohler[3]) auch für das geltende Recht eine klagbare Verpflichtung zur Abnahme, und mißt dem § 433 und § 640 B. G. B. nur die Bedeutung einer insofern besonders gearteten Feststellungsklage bei, als dem Kläger der Nachweis eines rechtlichen Interesses auf alsbaldige Feststellung erspart bleibt. (cf. § 256 Z. P. O.) Dieser Ansicht Kohlers ist nicht beizutreten. Kohler will nämlich deshalb keine Klage auf Abnahme geben, weil dadurch der Gläubiger zur Annahme gezwungen würde, d. h. aber nichts anderes als Kohler identifiziert Abnahme und Annahme, eine Gleichstellung,

[1]) Eine Vermutung hierfür besteht nur bei dem Dienstvertrage § 613, Auftrag § 664, Verwahrung § 691, Gesellschaft § 713, cf. auch Rosenberg S. 264, Lehmann-Ring S. 108 Anm. 2.

[2]) So ist gegen den Darlehnsgläubiger auf Abnahme der zurückzuzahlenden Geldsumme, gegen den Vermieter nach Beendigung der Mietzeit auf Abnahme der Sache eine Klage nicht gegeben.

[3]) Arch. f. Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 174, 240. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 2 S. 202.

die, wie wir oben bewiesen haben, unhaltbar ist. Auf Grund dieser falschen Voraussetzung kommt Kohler auch zu der falschen Konsequenz, daß die Abnahme nur ein Gläubigerrecht sein kann. Er setzt sich über den klaren Wortlaut der §§ 433 und 640 B. G. B. ohne weiteres hinweg, das gerade in bewußter Durchbrechung des Prinzips aus Verkehrsrücksichten ausdrücklich zur Abnahme verpflichtet und eine andere Deutung nicht zuläßt. Denn das B. G. B. gebraucht den Ausdruck „verpflichtet“ stets in dem Sinne einer obligatorischen klagbaren Verpflichtung, niemals im Sinne eines Gläubigerrechts. Kohler identifiziert „annehmen“ und „abnehmen“[1]), nur um die Begriffe Gläubigerrecht und Schuldnerpflicht in starrster Konsequenz zu scheiden, und opfert seinem Prinzip das praktische Bedürfnis nach einer Abnahmepflicht.

Auch Romeick[2]) erkennt die Abnahmepflicht nicht als eine klagbare an, und zwar deswegen nicht, weil die Abnahme keine Leistung im Sinne des B. G. B. sei. Denn nicht schon alles das, wozu ein Teil, kraft des Schuldverhältnisses verpflichtet ist, sei eine Leistung. Ebensowenig wie nämlich das Angebot, zu dem der Schuldner gemäß § 294 gehalten ist, eine selbständige klagbare Leistung sei, sei dies auch die Abnahme. Das Angebot sei nur eine die Uebergabe bezweckende, die Abnahme eine die Annahme betätigende Ausführungshandlung. Da nun die Annahme nicht im Wege der Klage verlangt werden kann, so könne auch die Abnahme — die für sich allein wertlos, nur ein Durchgangsstadium zur Annahme bilde — nicht erzwungen werden.

Diese Ansicht Romeicks ist aus folgenden Gründen unhaltbar: Zunächst ist es vollkommen verfehlt, Angebot und Abnahme in Parallele zu stellen. Denn die „Verpflichtung“, die zum Angebot drängt, ist der Abnahmepflicht in § 433 völlig ungleichwertig. Die Stellung des § 249 und der Wortlaut des Gesetzes bringen diesen Unterschied auch deutlich zum Ausdruck. „Die Leistung **muß** angeboten werden“ hat keineswegs die Bedeutung von „er

[1]) Das geht auch daraus hervor, daß er den Anspruch auf Abnahme als einen Anspruch auf Befreiung von der Kaufverbindlichkeit definiert.

[2]) S. 57 ff. Gegen Romeick: Oertmann, § 433 Anm. 3b. Dür.-Hach. Bd. 3, S. 52, Hohenstein S. 714. Planck § 433 Anm. 7b, Rosenberg S. 251 ff. Striebinger S. 29 f. Schütze, S. 27. R. G. Bd. 52 S. 162.

ist verpflichtet anzubieten", denn das Unterlassen dieses „Müssen" erzeugt keinen klagbaren Anspruch, sondern bringt lediglich Verzugsfolgen hervor. Dem gegenüber sagt aber § 433 klar und bestimmt: „Der Käufer ist verpflichtet" und § 640 „Der Besteller ist verpflichtet . . . abzunehmen". Romeick verkennt also den Begriff der „Pflicht" in den §§ 433 und 640, die im B. G. B. stets die Bedeutung einer echten klagbaren Schuldnerverpflichtung hat, und somit etwas anderes bedeutet, als der Ausdruck, **„muß"** in § 294, zumal schon rein äußerlich betrachtet, im § 433 die Pflicht zur Abnahme der Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises gleichgestellt ist. Hierzu kommt, daß das B. G. B. den Begriff der klagbaren Leistung möglichst weit gefaßt wissen will,[1]) was daraus hervorgeht, daß es nicht nur ein Tun, sondern auch ein Unterlassen als eine Leistung bezeichnet[2]). Die fälschliche Identifizierung des „Müssens" in § 294 mit dem „Verpflichtetsein" in den §§ 433 und 640, das heißt der sogenannten „Gläubigerpflicht" mit Schuldnerpflicht führt Romeick auch dazu, der Abnahme allein ohne Annahme einen selbständigen ökonomischen Wert abzusprechen. Eine Abnahme auch ohne Annahme fußt aber gerade, wie wir oben bewiesen haben, auf einem lebhaften Interesse des Verkäufers resp. Unternehmers, daß ihm die verkauften resp. fertiggestellten Sachen vom Halse geschafft werden, eine Erwägung, die vor allem zur Statuierung der Abnahmepflicht geführt hat[3]).

Nicht soweit wie Kohler und Romeick geht Jakobi, der das Bestehen einer Abnahmepflicht zwar zugibt, jedoch diese nicht als eine selbständige klagbare und vollstreckbare aufgefaßt wissen will, denn die Leistung könne ja dem Käufer (Besteller) nicht aufgedrängt werden. Deshalb gibt Jakobi bei Verletzung dieser Pflicht nur vollen Schadensersatz. Nur

[1]) Deshalb ist auch die von Lippmann D. J. Z. 1904, S. 801 gegebene Begriffsbestimmung zu eng. Denn Leistung ist nicht nur diejenige Tätigkeit des Schuldners, die das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt, sondern diejenige, welche geeignet oder darauf gerichtet ist, die Tilgung des Schuldverhältnisses herbeizuführen.

[2]) In Theorie und Praxis ist allgemein anerkannt, daß die Abnahme eine Leistung ist. cf. Fleck, Arch. f. Bürgerl. Recht Bd. 12, S. 253. Staudinger § 433. R. G. Bd. 53 S. 163.

[3]) Protokolle Bd. 2, S. 53. Sprenger S. 601. Rosenberg S. 249.

wenn die gewöhnlichen Surrogate nicht ausreichen, soll nach ihm die Klage eintreten „als Ergänzung der durch das Gesetz gegebenen Rechte bei Annahmeverzug“ [1]). Wir können dem nicht beitreten, denn auch Jakobi baut auf dem grundlegenden Fehler auf, daß der zur Abnahme verpflichtete Gläubiger nur Gläubiger sei. Der Gläubiger ist aber eben nicht nur Gläubiger, das Gesetz macht ihn gerade ausdrücklich zum Schuldner, und es widerstrebt keineswegs dem Wesen eines gegenseitigen Vertrages, wie es der Kauf- und Werkvertrag ist, daß jeder der Kontrahenten zu einer Leistung verpflichtet ist. Gegen Jakobi sprechen auch die Motive [2] und Protokolle, [3]) die eine selbständige klagbare Pflicht auferlegt wissen wollen, und vor allem das Gesetz selbst, aus dem keineswegs hervorgeht, daß die Abnahmepflicht nur subsidiär gegeben ist, das vielmehr die Abnahmepflicht ganz allgemein und ohne jede Beschränkung statuiert, ohne Rücksicht auf ein Interesse [4]) des Verkäufers oder Unternehmers. Damit harmoniert auch § 375 H. G. B., der schon die Spezifikation durch den Käufer als Schuldnerverpflichtung anerkannt und behandelt wissen will, und so ist insbesondere der Abs. II des § 375 H. G. B. ein Argument dafür, daß, wenn schon die Spezifikation d. h. die vorbereitende Handlung für die Abnahme als Schuldnerpflicht statuiert wird, auch die Abnahme selbst gemäß § 433 Abs. II B. G. B. als echte Schuldnerverpflichtung behandelt werden muß. Somit kommen Käufer und Besteller, wenn sie die angebotene Leistung nicht abnehmen, nicht nur in Annahmeverzug sondern zugleich in Leistungsverzug bezüglich ihrer Abnahmepflicht, vorausgesetzt, daß die Verzugsvoraussetzungen der §§ 284, 285 B. G. B.: Fälligkeit, Mahnung und Verschulden gegeben sind, und Verkäufer wie Unternehmer haben die Wahl, ob sie die Rechte aus dem einen oder anderen Verzug geltend machen wollen [5]). Es ist nämlich sehr wohl möglich, daß aus demselben Rechtsverhältnis Gläubiger- und Schuldnerverzug in der Person ein und desselben Individiums mit

[1]) Jakobi S. 270.
[2]) Bd. 2, S. 318.
[3]) Bd. 2. S. 53.
[4]) Jakobi, S. 278.
[5]) Enneccerus § 280, S. 149 § 13.

einander konkurrieren können. Bei dem Verzug mit der Abnahme als Schuldnerverzug treten die allgemeinen Folgen der §§ 286, 288 und 326 B. G. B. ein.

Die Anwendbarkeit des § 287 B. G. B., nach dem der Schuldner auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich ist, erscheint jedoch nicht gegeben[1]) denn die Bestimmung des § 287 paßt nicht auf den Abnahmeverzug. Sie läßt sich nur auf den Schuldner anwenden, welcher eine Sache zu leisten hat, die durch Zufall untergehen kann. Die Abnahmepflicht hat keine Sachleistung zum Gegenstand, sie erstrebt vielmehr nur die Sachbefreiung auf Seiten des zur Lieferung bereiten Verkäufers und Unternehmers. Bei zufälligem Untergang der Sache fällt die Unmöglichkeit der Abnahme mit der Unmöglichkeit des Verkäufers, Unternehmers zusammen, die geschuldete Kaufsache zu übergeben, das Werk zu liefern, und diese Unmöglichkeit ist nach denselben rechtlichen Grundsätzen zu behandeln, d. h. sie kann keine Verantwortlichkeit des Käufers oder Unternehmers begründen.

Indem wir sodann die Verzugsfolgen aus § 326 B.G.B. als anwendbar erklären, schließen wir uns gleichzeitig der von Düringer-Hachenburg[2]) und den meisten Schriftstellern vertretenen Auffassung an[3]).

Denn die Abnahmepflicht ist eine unmittelbare aus dem Kauf- und Werkvertrag entspringende ursprüngliche, klagbare Verpflichtung,[4]) die dem Käufer und Besteller als Schuldner obliegt. Das ist auch die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht[5]). —

[1]) Staudinger, Erl. zu § 433 IX. 2. e. Planck, Erl. zu § 433. 7. Jur. Wschr. 1904, S. 287.

[2]) B. 3 S. 133 ff. und S. 349, Erl. zu § 381 III. 1.

[3]) So auch Cosack, Bd. 1 § 130, VI. Crome, Bd. 2, § 215 Anm. 44. Endemann, § 159 Anm. 24. Lehmann-Ring § 376, Nr. 5. Makower: Vorbemerkung zu §§ 375, 376 IX, Buch 1, S. 1118—1123. Fleck i. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 12, S. 254. O. L. G. Bd. 6 S. 50. Anderer Ansicht R. G. Bd. 53, S. 161; Bd. 57, S. 110; Bd. 69, S 107; R. G. in Recht 05 S. 470; in L. Z. 07, S. 287; 08, S. 855[16]. Jur. Wschr. 10 S. 750[7].

[4]) Endemann, Bd. 1, § 140, Anm. 11.

[5]) Crome, S. 424 § 215. Dernburg, § 47 Z. 1. Cosack, S. 454. Oertmann, S. 115. Dür.-Hach. Bd. 3, S. 52. R. G. Bd. 53, S. 161. Bd. 56, S. 176. Neumann Jahrb. I. S. 242. Mot. S. 318.

Durch Statuierung dieser Abnahmepflicht ist zwar das Wesen der Obligation nicht ganz unverletzt geblieben. Richtig ist, daß das, wozu der Gläubiger kraft der Obligation nur berechtigt, nicht verpflichtet wird, allein die Annahme der Leistung ist. Zur Annahme der Leistung als Erfüllung ist aber, wie wir oben festgestellt haben, die bloße Anerkennung oder körperliche Abnahme nicht ausreichend, sofern es sich um die Annahme einer Leistung mit einem körperlichen Substrat handelt. Die hier noch erforderlich werdende körperliche Abnahme ist es nun, die bei allen übrigen Rechtsgeschäften als reines Gläubigerrecht unberührt geblieben, bei Kauf- und Werkvertrag jedoch zu einer Schuldnerpflicht geworden ist.

Sollte die Entwickelung des Verkehrs es mit sich bringen, daß die Raumverhältnisse immer kostspieliger werden, so kann es leicht möglich werden, daß alle Rechtsgeschäfte, die auf eine körperliche Leistung gehen, die Abnahme als primäre Schuldnerpflicht erheischen, und daß die Gesetzgebung dem Rechnung tragen muß. Ja selbst die Annahme als Erfüllung könnte bei unsicheren Lebensverhältnissen oder in einer noch schneller lebenden Zeit zur Pflicht werden. Die Tendenz der Zeit und des Gesetzes geht jedenfalls eher auf dieses Ziel zu als auf das Gegenteil. Für die gegenwärtige Wirtschaftslage genügt die Statuierung einer körperlichen Abnahmepflicht für die hauptsächlich in Frage kommenden Umsatzgeschäfte: Kauf- und Werkvertrag.

IV. Kapitel.

Wir haben den Anspruch auf Abnahme einen Befreiungsanspruch genannt und geben konsequenterweise diesen nur da, wo eine Besitzbelastung vorhanden ist. Hieraus ergibt sich, daß die Abnahmepflicht nur für körperliche Gegenstände normiert ist, d. h. für Sachen im Sinne des § 90 B. G. B., die einen gewissen Raum einnehmen. In den weitaus meisten Fällen wird sich die verkaufte Sache oder das hergestellte Werk in einem vom Verkäufer resp. Unternehmer besessenen Geschäfts- oder Lagerraum befinden. Diesen von der verkauften oder hergestellten Sache eingenommenen Raum kann

der Verkäufer wie der Unternehmer nicht benutzen. Er ist in dem Besitz dieses Teils seiner Geschäfts- oder Lagerräume gestört, und zwar ebenso wie derjenige, dem unbefugt ein Schutthaufen in seine Räume geworfen ist. Hier sowohl wie dort liegt, objektiv betrachtet, eine Besitzstörung vor[1]).

Betrachten wir nun einmal die Reaktion des mit dem Besitz belasteten Raumes auf den Beginn der Abnahmehandlung. Folgendes Beispiel diene zur Erläuterung: Ich habe Ziegelsteine, deren Eigentümer ich bereits geworden bin, abzunehmen. Ich fahre zu diesem Zweck auf das Grundstück des Verkäufers oder Unternehmers X und lade meinen Wagen voll. Bevor ich noch den Hof des X verlassen habe, gereut mich aus irgendwelchen plötzlich mir einfallenden Zweckmäßigkeitsgründen die beabsichtigte Abnahme, ich mache deshalb Kehrt und lade die mir übergebenen Steine wieder ab. Hierin liegt doch eine Besitzstörung, obwohl eine Abnahme meinerseits noch nicht erfolgt ist, denn ich werfe mir gehörige Sachen auf ein fremdes Grundstück. Die Abnahme ist noch nicht erfolgt, denn ich war von dem Grundstück des X noch nicht hinunter gefahren, und nur eine solche Handlung, die dauernd den Verkäufer oder Unternehmer von dem Besitz der verkauften oder hergestellten Sache befreit, ist Abnahmehandlung.. Wollte man nämlich eine auch nur momentane Besitzbefreiung als Abnahme ansehen, so wäre der Zweck der Bestimmung der §§ 433, 640 völlig illusorisch gemacht.

Die Besitzstörung in unserem Beispiel ist dadurch erfolgt, daß ich von dem Beginn der Abnahme wieder zurücktrat und meine begonnene Handlung ungeschehen machte, d. h. nicht durch ein rechtlich relevantes positives Tun, sondern durch ein Unterlassen, nämlich durch das pflichtwidrige Unterlassen der Abnahme. Deshalb erscheint auch die Anwendbarkeit der Besitzstörungsklagen nicht gegeben, eben weil das subjektive Merkmal des rechtswidrigen Eingriffs, d. h. die verbotene Eigenmacht fehlt.

Doch ließe sich hier die allmähliche Entwickelung der Besitzstörung durch Unterlassen bis zu der durch posi-

[1]) Kipp zu Windscheid I, S. 792, 820. Wolff S. 35. Rhode S. 14. Kniep S. 470 ff.

tiven Eingriff verfolgen, denn je weiter die auf Abnahme gerichtete Tätigkeit fortschreitet, desto näher kommt dieser Tatbestand dem Tatbestande der wahren Besitzstörung durch positives Tun, wenn dann die begonnene Tätigkeit unterbrochen, die Abnahme unterlassen wird, bis schließlich nach vollendeter Abnahme positive Besitzstörung gem. §§ 858, 862 vorliegen würde, wenn die abgenommene Sache wieder auf ihren alten Platz zurückgebracht wird. So auch dann, wenn dem Verkäufer die Ware unter der Angabe, daß sie vertragswidrig sei, zurückgeschickt worden ist. Hier entsteht außerdem eine neue Abnahmepflicht, eventuell mit einem neuen Erfüllungsort [1]).

Der von der Sache erfüllte und sie umgebende Raum reagiert also auf die beginnende sodann unterlassene Abnahme wie auf eine beginnende aber nicht zur Entwicklung kommende Besitzstörung. Wird eine auf Abnahme gerichtete Tätigkeit überhaupt nicht entwickelt, so bleibt das subjektive Moment der Störung zwar völlig latent, die objektive Lage der **Besitzbelastung** jedoch bestehen.

Der Gesetzgeber hätte nimmermehr die Pflicht zur Abnahme in den §§ 433 und 640 statuiert, wenn der Verkäufer oder Unternehmer auch ohne diese Bestimmung mit Hilfe der Besitzklage in der Lage wäre, die Sachbefreiung, die Abnahme, zu verlangen. Das kann er aber nicht, und so wurde die Bestimmung der §§ 433 und 640 normiert, die denselben Zwecken und Bedürfnissen wie die Besitzklage genügen soll und die demgemäß ihnen analog zu behandeln ist. Die Abnahmepflicht greift deshalb nur ein, wo es sich um Besitz handelt, also nicht bei Kauf- usw. Verträgen die eine immaterielle Leistung zum Gegenstand haben.

Die Abnahmepflicht besteht nicht, wenn ein Recht Kaufgegenstand ist, in Ansehung der Sache, zu deren Besitz das Recht berechtigt. Der Gesetzgeber wollte für diese Fälle dem Käufer die gleiche Pflicht nicht allgemein auferlegen [2]),

[1]) Ebenso auch der Anspruch aus § 862. cf. R. G. Bd. 49 S. 76. Eck, S. 437, 263.

[2]) Crome § 215.

die Abnahme ist hier kein naturale negotii[1]) und kann deshalb aus dem Kauf nicht gefordert werden.

Wohl aber kann der Inhalt des gekauften Rechts für den Käufer die Verpflichtung ergeben, die Sache, zu deren Besitz er berechtigt ist, abzunehmen[2])

Aus demselben Grunde kann der Käufer bei Gas-, Wasser- und Dampflieferungsverträgen,[3]) die z. B. für eine bestimmte Höchstmenge gegen eine zu zahlende Pauschalsumme mit der Stadtgemeinde u. s. w. abgeschlossen sind, nicht zur Abnahme d. h. zum Verbrauche gezwungen werden, ebenso nicht der Käufer von Kohlensäure und dergleichen, die in dem Verkäufer gehörigen Stahlflaschen geliefert werden soll, desgleichen nicht der Besteller von elektrischer Energie,[4]) die in einer dem Unternehmer gehörigen Akkumulatorenbatterie aufgespeichert z. B. einem Arzt für seine Elektrisierapparate geschuldet wird[5]). Denn in allen diesen Fällen werden durch die Nichtabnahme der geschuldeten Kaufsache oder des Werkgegenstandes Besitzfragen nicht berührt, d. h. die Nichtabnahme verursacht keine Besitzbelastung.

§ 1. Um zu demselben billigen Resultat zu kommen und um Widersinniges zu vermeiden, fordern Jacobi[6]) und Staudinger[7]) ein Interesse des Verkäufers bei der Abnahme. Nach Jacobi entfällt nämlich mit dem Wegfall dieses Interesses auch die Obligation auf Fortschaffung, so insbesondere, wenn der Käufer auf die Sache verzichtet und der Verkäufer sie ohne Mitwirkung der Käufers „ebenso bequem loswerden kann"

Die Unhaltbarkeit der Auffassung von Jacobi und Staudinger ergibt sich aus nachfolgenden Gründen.

Zunächst ist zu bemerken, daß ein einseitiger Verzicht nur bei dinglichen Rechten möglich ist. For-

[1]) Prot. II. S. 52 ff.

[2]) Dür.-Hach. Bd. III. S. 50.

[3]) Es liegt Kauf vor, denn wesentlich ist den Parteien allein die Verschaffung des Eigentums. cf. Staub 1913 § 373 Anm. 16a.

[4]) § 226 B. G. B. ist nicht anwendbar, da die Abnahme z. B. aus Reklamezwecken verlangt wird.

[5]) Nach Beschaffenheit des Werkes ist hier eine Abnahme nicht ausgeschlossen.

[6]) S. 275.

[7]) § 433 Erl. IX. 2c.

derungsrechte können nur durch Vertrag erlöschen, durch Annahme des Verzichts, durch einen Erlaßvertrag. Auf das Forderungsrecht bezüglich der Kaufsache oder des bestellten Werks kann also der Käufer nicht einseitig verzichten. Nur für den Fall, daß das Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen ist, oder bei Reparaturarbeiten an Sachen, die im Eigentum des Bestellers stehen, wäre also ein einseitiger Verzicht denkbar. Doch ist die Zulässigkeit eines solchen Verzichts nicht anzuerkennen, denn das Recht auf die Kaufsache ist mit der Pflicht zur Abnahme zu eng verknüpft, sodaß ein Verzicht nicht möglich ist, ohne zugleich eine Pflichtverletzung darzustellen. Außerdem würde dadurch die Zweckbestimmung der §§ 433 und 640 völlig illusorisch werden.

Was sodann das von Jacobi für die Abnahmepflicht erforderte Interesse des Verkäufers anbetrifft, so spricht gegen ein solches Erfordernis der klare Wortlaut des Gesetzes, das die Abnahmepflicht ohne jede Beschränkung in §§ 433 und 640 statuiert hat [1]). Jedoch ist die Erwägung, die Jacobi zu der Forderung des Interesses an der Abnahme veranlaßt hat, eine voll verständliche und gesunde. Denn es können Fälle eintreten, bei denen es unsinnig wäre, eine klagbare Pflicht zur Abnahme anzunehmen, z. B. der oben erwähnte Kauf von Gas, Wasser von der Stadtgemeinde, Bestellung elektrischer Energie in einer dem Unternehmer gehörigen Akkumulatorenbatterie. Wenn in derartigen Fällen der Käufer oder Besteller den vereinbarten Preis zahlt, auf die Leistung selbst aber verzichtet, so widerstrebt es auch dem gesunden Menschenverstand, wollte man hier noch einen klagbaren, vollstreckbaren Anspruch auf Abnahme zulassen.

Rosenberg [2]) will in diesen Fällen mit § 226 B. G. B. helfen, jedoch ist dieses Mittel recht zweifelhafter Natur, denn nur selten wird sich das Verhalten des Verkäufers resp. Unternehmers als reine Schikane darstellen, d. h. in den wenigsten Fällen wird es objektiv feststehen, daß Verkäufer und Unternehmer kein eigenes Interesse verfolgen können und diese objektive Feststellung muß zu dem Schlusse berechtigen, daß die Ausübung des Anspruchs auf Abnahme

[1]) Endemann, Bd. 1 § 140 Anm. 11, cf. auch Protokolle Bd. 2, S. 53.
[2]) S. 250.

lediglich zur Schädigung des Abnahmepflichtigen bestimmt ist[1]). Ein solcher Nachweis ist schwer zu erbringen und wird dem Abnahmepflichtigen[2]) nur selten gelingen.

Bei unserer Auffassung der Abnahmepflicht als einer Pflicht der Sachentlastung analog der Unterlassung der Besitzstörung, leugnen wir in derartigen Fällen das Bestehen einer Abnahmepflicht weil auf Seiten des Verkäufers resp. Unternehmers keine Besitzbelastung vorliegt, die Zweckvoraussetzung für die Abnahmepflicht also nicht gegeben ist.

§ 2. Von diesem Gesichtspunkt aus ergibt sich für uns auch die Entscheidung der Frage, ob bei **Grundstücken** eine Abnahmepflicht besteht. Zwar spricht das Gesetz in § 433 allgemein von der Abnahmepflicht der gekauften **Sache,** doch geht aus den Vorarbeiten über die Abnahmepflicht, in denen stets nur von der Abnahme beweglicher Sachen die Rede ist, hervor, daß der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Abnahmepflicht lediglich den Käufer beweglicher Sachen zur Abnahme hat zwingen wollen, und zwar, wie wir oben ausgeführt haben, damit verhütet werde, daß beim Kauf und gleichartigen Umsatz- und Tauschgeschäften Warenmassen sich in den Händen desjenigen ansammeln, zu dessen Gunsten die Abnahmepflicht statuiert ist. In diesem Sinne geht die Auslegung des § 433 dahin, das Vorhandensein einer Abnahmepflicht bei Grundstücken zu verneinen. So führt denn auch Hohenstein[3]) zu Recht aus, daß eine Abnahmepflicht bei Grundstücken nicht Platz greifen kann, weil Abnahme Hinwegnahme bedeute, also die Möglichkeit der Hinwegschaffung voraussetze. Wenn Striebinger hierzu bemerkt, es sei für den Abnahmebegriff nicht erforderlich, daß die Sache in ihrer Lage verändert werde, sondern nur, daß der Verkäufer den Gewahrsam verliere, so ist dem nicht beizustimmen. Denn diese Auslegung ist für alle die Fälle zu eng, in denen der Verkäufer nur mittelbarer Besitzer ist, also keinen Gewahrsam hat und ihn infolgedessen auch nicht „verlieren" kann. Wir schließen uns deshalb der Auffassung Hohensteins im Gegen-

[1]) Endemann, Bd. 1 § 84, S. 422.
[2]) Rosenberg, S. 251.
[3]) S. 72.

satz zur herrschenden Meinung [1]) an, da wir ja die Abnahmepflicht nur da für vorliegend erachten, wo eine Besitzbelastung im Raume durch die Nichtabnahme der Sache hervorgerufen ist. Außerdem ist der Verkäufer eines Grundstücks durch die Gestattung der Besitzaufgabe gemäß der Vorschriften über Gläubigerverzug § 303 B. G. B. völlig geschützt, sodaß es überflüssig und unverständlich wäre, wollte das Gesetz auf dem umständlichen Wege der Klage noch einmal normieren, was es vorher klaglos gestattet hat.

Mit aller Entschiedenheit widersprechen wir daher auch jener weitergehenden Auffassung, welche die Entgegennahme der Auflassung als eine Erfüllung der Abnahmepflicht ansieht. Wir widersprechen dieser Ansicht aus denselben Gründen, die wir oben angeführt haben, als wir uns gegen die Auslegung der Abnahme als Annahme als Erfüllung wandten. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist eben prinzipiell nicht so weit gegangen, dem Gläubiger die Pflicht aufzuerlegen, bei der Lösung des obligatorischen Nexus mitzuwirken. Abnahme ist kein Rechtsakt sondern ein rein tatsächlicher Vorgang, Abnahme ist nur der körperliche Teil der Annahme. Niemals kann also der Käufer eines Grundstücks zur Auflassung, zum zwangsweisen Eigentumserwerb gezwungen werden,[2]) ebensowenig wie der Käufer beweglicher Sachen zwangsweise Eigentümer werden muß. Denn der Anspruch auf Erwerb des Eigentums oder einer beweglichen Sache ist als Forderungsrecht Bestandteil des Vermögens des Käufers. Ueber ein Vermögensrecht kann man aber nach Belieben verfügen, es ausüben oder nicht, genau so wie man das in dem Eigentum verkörperte Recht geltend machen oder ruhen lassen kann. Die von den Gegnern vorgetragenen Gründe, vor allem das Interesse des Verkäufers an der Auflassung — das Interesse beruht auf der Befreiung von Privat- und öffentlich-rechtlichen Lasten — sind ganz anderer Natur,

[1]) Planck, § 433 Anm. 7b; Staudinger, § 433 Anm. IX, 2e; Fischer-Henle, § 433 Anm. 11; Striebinger, S. 32 f. Müller, S. 82 ff. Zschirnt, S. 36 ff. R. G. Bd. 53, S. 70 ff.

[2]) So auch im Ergebnis die herrschende Meinung. Planck, § 433 Bem. 7b. Bechmann: Der Kauf nach gemeinem Recht, Bd. 3, S. 160 Anm. 2., O. L. G. Bd. 7, S. 283. Anderer Meinung R. G. Bd. 53, S. 70 ff., Bd. 69, S. 103, 107. Goldmann Diss. S. 39. Striebinger S. 33.

als die Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, die Abnahmepflicht zu statuieren. Den Eigentumserwerb und somit die Beendigung der Obligation zu einer Schuldnerpflicht des Gläubigers zu gestalten, würde eine Rückkehr zu Madai'schen und Wolff'schen Auffassungen und eine tiefgehende Erschütterung des Wesens der Obligation bedeuten, jedenfalls der Obligation, wie sie sich heute in unserem Bürgerlichen Recht findet.

Hier bewahrheitet sich das, was wir oben gesagt haben, daß nämlich, wenn das Bedürfnis nach einem Klagrecht auf Annahme entsteht, ausnahmsweise auch die Annahme als Erfüllung zur Pflicht werden kann. Dann müßte aber das Gesetz auf Grund positiver, exceptioneller Bestimmung dem Käufer eines Grundstücks die Pflicht zur Auflassung auferlegen, wenn wirklich der Grundstücksverkehr die Auflassung im Interesse des Verkäufers generell erfordert. Jedenfalls wird gegenwärtig die Pflicht zur Entgegennahme der Auflassung im Grundstücksverkehr durch besondere Abreden bestimmt, und die Vertragsbestimmung „die Auflassung hat am ..... zu erfolgen" verpflichtet natürlich auch den Käufer, bei sinngemäßer Auslegung, zur Entgegennahme der Auflassung.

Wir haben die Abnahme im B. G. B. als einen einheitlichen Begriff kennen gelernt und finden deshalb auch bei dem Werkvertrage die Voraussetzung für die Abnahme, indem wir die Körperlichkeit des Werkes und das hieraus resultierende Moment der Besitzbeschwerung uns als Richtlinie nehmen.

Mit Schollmeyer [1]) halten wir demgemäß die Abnahme da für ausgeschlossen, wo es sich nicht um Herstellung oder Abänderung von Sachen handelt sondern um einen anderen durch Arbeit und Dienstleistung zu erzielenden Erfolg. Wir erklären somit alle materiellen Werke für abnahmefähig, sofern durch sie eine Besitzbelastung auf Seiten des Unternehmers bei Unterlassen der Abnahme ausgelöst wird. Aus diesem Grunde ist einerseits die Abnahme in all den Fällen ausgeschlossen, in denen der körperliche Gegenstand, an dem der Unternehmer einen

[1]) S. 102, Dernburg Bd. 2 S. 433, Kohler S. 265 ff., Jacobi S. 280. Lotmar II. S. 844, cf. übrige Literatur bei Oertmann § 640 Erl. 1a.

Arbeitserfolg im Sinne einer Werkherstellung vorgenommen hat, sich im Besitz des Bestellers befindet,[1]) oder negativ ausgedrückt, sich nicht im Besitz oder Gewahrsam des Unternehmers befindet[2]). Andererseits ist aber auch ein ideelles, immaterielles Werk dann abnahmefähig, wenn die in demselben verkörperte Idee durch Niederschlag oder Verbindung eine stoffliche Form annimmt,[3]) z. B. Verfassen eines literarischen Werks, Entwurf eines Bauplans, Komposition einer Oper.

§ 3. Von einer großen Zahl der Schriftsteller[4]) wird behauptet, daß, entsprechend der Abnahmepflicht, auch eine Verpflichtung bestände, die die Abnahme unmittelbar ermöglichenden Handlungen vorzunehmen. So subsumieren sie beim Spezifikationskauf,[5]) bei dem Wahlkauf, bei dem Kauf auf Abruf die Vornahme der Spezifikation, der Wahl, des Abrufs als pflichtgebotene Handlungen des Käufers unter den Begriff der Abnahme. Wir treten dieser Auffassung nicht bei. Die Abnahmepflicht bedeutet nach den früheren Ausführungen lediglich eine Verpflichtung des Käufers, den mit der Ware belasteten Verkäufer zu befreien. Eine solche Besitzbeschwerung, die also die Voraussetzung für das Vorliegen der Abnahmepflicht bildet, wird aber nicht durch das Unterlassen der Spezifikation, der Wahl, des Abrufs ausgelöst, vielmehr sind Spezifikation, Erklärung, beim Wahlkauf, Abruf nur antecedentia der Abnahme, welche die befreiende Handlung der Abnahme vorbereiten[6]).

[1]) Ebenso, wenn auch mit anderer Begründung: Schmidt S. 18, Rauert S. 52, Kommentar der Reichsgerichtsräte § 640 Anm. 3, Staudinger § 640 Anm. 4b, Planck § 640 Anm. 1b. Anderer Ansicht Enneccerus § 372, Endemann S. 1195, Riegler S. 137, von dem Standpunkt ihrer Auffassung von Abnahme = Annahme als Erfüllung.

[2]) Ebenso O. L. G. Rostock, Seuff. Arch. Bd. 64 Nr. 191. A. M. Dochmahl: Die Gefahrtragung beim Werkvertrage .... in Jherings Jahrb. Bd. 48, S. 241 ff. Ferner O. L. G. Posen Bd. 6 S. 84.

[3]) A. A. Riezler S. 137, ebenso Rümelin S. 215.

[4]) Endemann S. 939, Rosenberg S. 265, Belling S. 47 f., Meyer S. 42, Müller S. 99, Treidel S. 22, Dür.-Hach. H. G. B. III, S. 233, Eck I, S. 437, R. O. H. G. Bd. 22, S. 6.

[5]) Es handelt sich hier nur um den Spezifikationskauf nach **Bürgerl. Recht.** Bei dem Spezifikationskauf, der mindestens auf einer Seite Handelsgeschäft ist, ist der zur Spezifikation berechtigte Käufer durch die Vorschrift des § 375 H. G. B. zur Vornahme derselben verpflichtet.

[6]) So auch Staub-Könige § 375. Makower weist mit Recht darauf hin, daß beim Spezifikations-Kauf der Verkäufer mitunter erst auf Grund der vom Käufer zu treffenden Bestimmung Rohstoffe anschaffen soll.

Trotz Vornahme von Spezifikation, Wahl und Abruf kann der Käufer nachträglich sehr wohl noch in Abnahmeverzug kommen, und es kann somit — nennen wir es so — Erklärungsverzug vorliegen, ohne daß Abnahmeverzug vorliegt, oder umgekehrt. Außerdem wird beim Spezifikationskauf, Wahlkauf, Kauf auf Abruf eine Willenserklärung des Käufers geschuldet. Wir haben aber oben festgestellt, daß die Abnahme, losgelöst von jedem Begriff eines Willensaktes, als pure körperliche Abnahme im Sinne einer Besitzbefreiung aufzufassen ist. Die beim Spezifikationskauf usw. erforderliche Willenserklärung des Käufers unter den Begriff der Abnahme zu subsumieren, halten wir demgemäß für ausgeschlossen.

Aber auch andere als das bloße Wegnehmen sich darstellende rein tatsächliche Mitwirkungshandlungen des Käufers als einen Teil der Abnahme zu erklären, müssen wir vom Standpunkt unserer Auffassung als unrichtig bezeichnen. Wir haben den Umfang der Abnahmepflicht streng auf das körperliche Abnehmen beschränkt, sodaß „eine nach der Natur des einzelnen Rechtsgeschäfts gebotene oder verkehrsübliche oder besonders vereinbarte andere Mitwirkung nur neben der Abnahmepflicht, nicht als Teil derselben [1]) eine klagbare Verpflichtung zu ihrer Vornahme begründen kann“ [2]).

Ueber die gesetzliche Bestimmung hinaus kann also der Parteiwille, mag er nun ausdrücklich ausgesprochen sein oder sich aus den Umständen ergeben, jede Mitwirkungshandlung eines Teils bei der Erfüllung, mag sie wörtlicher oder tatsächlicher Natur sein, zu einer klagbaren Verpflichtung [3]) stempeln [4]). Es ist sogar anzunehmen, daß in den meisten Fällen, in denen die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme ohne eine Verpflichtung zur Spezifikation, Abruf usw. illu-

[1]) A. A. Endemann S. 939 f, Rosenberg S. 265, Striebinger S. 60, Dür.-Hach. Bd. 3, S. 50 f, Meyer S 36 ff., Zschirnt S. 40 ff., Müller S. 99 f., Belling S. 47 ff., Treidel S. 22 ff., Rosenthal S. 33 f.

[2]) R. G. Bd. 57 S 109.

[3]) Durch § 264 B. G. B. ist beim Wahlkauf die klagbare Pflicht zur Vornahme der Wahl bedeutungslos, da hierdurch dem Verkäufer durch Gestattung der Selbstvornahme der Wahl ein bequemeres Mittel zu Gebote steht.

[4]) cf. Hohenstein, in Gruchot Beitr. Bd. 48 S. 715.

sorisch sein würde, eine solche Verpflichtung mit Hilfe des § 242 B. G. B. als stillschweigend vereinbart gelten darf. Es ist jedoch daran festzuhalten, daß diese Verpflichtung nicht aus § 433 Abs. 2 entsprungen ist. Das R. G.[1]) hat mehrfach hervorgehoben, daß der rechtliche Begriff der Abnahme von dem kaufmännischen Begriff der Abnahme, wie er sich im kaufmännischen Verkehr entwickelt hat, verschieden ist. Denn im Sprachgebrauch des kaufmännischen Lebens sind Ausdrücke wie „Abnahme", „Abnehmen" Sammelnamen für alle Handlungen, die der Käufer vom Kaufabschlusse an bis zur Entgegennahme der Ware vorzunehmen hat. Insbesondere umfaßt nach diesem Sprachgebrauch der Ausdruck „Abnahme" auch die Spezifikation, die Wahl, den Abruf. Die Abnahme im technischen Sinn des § 433 Abs. 2 hat jedoch eine engere Bedeutung. Die Pflicht zur Spezifikation usw. ist demnach kein Teil der Abnahmepflicht, der „Erklärungsverzug" keine Abart des Abnahmeverzugs.

Was für den Käufer, gilt auch für den Werkbesteller. Denn die Abnahmepflicht bei Kauf- und Werkvertrag sind, wie wir oben festgestellt haben, einander identisch, und folglich müssen auch hinsichtlich der Hilfshandlungen bei dem Werkvertrage die Konsequenzen dieselben sein, wie wir sie bei dem Kaufvertrage gezogen haben. Für die Richtigkeit dieses Ergebnisses spricht das Gesetz selbst. Daß nämlich auch bei dem Werkvertrage der Besteller zur Vornahme von Hilfshandlungen, d. h. zu den die Hauptleistung ermöglichenden Mitwirkungshandlungen wörtlicher oder tatsächlicher Natur nicht auf Grund der in § 640 B. G. B. normierten Abnahmepflicht gezwungen werden kann, ergibt sich aus der Vorschrift des § 649 B. G. B., die dem Besteller bis zur Vollendung des Werks durch Kündigung die Möglichkeit gibt, sich der Abnahmepflicht und somit auch der Pflicht zur Vornahme von Hilfshandlungen zu entziehen. Wollte man die Pflicht, Hilfshandlungen irgendwelcher Art vorzunehmen, aus der Abnahmepflicht folgern, so läge eine schwere Inkonsequenz des Gesetzes

[1]) Bd. 56 S. 177, Bd. 57 S. 109. Staub-Könige: Exkurs vor § 373 Anm. 67. Förtsch, D. J. Z. 1905 S. 17. Leipziger Zeitung 1909 S. 61. Staudinger § 433, Anm. IX, 2a, Abs. 5.

vor, weil es einerseits im § 640 die Pflicht zur Vornahme von Hilfshandlungen statuieren und andererseits durch die Vorschrift des § 649 diese Pflicht wieder null und nichtig machen würde.

V. Kapitel.

Wir haben bisher die beiden hauptsächlichsten Arten der Abnahmepflicht, nämlich die des Käufers und Bestellers, einer Betrachtung unterzogen und kommen nunmehr zur Prüfung der Frage, ob außer den Bestimmungen der §§ 433 und 640 im B. G. B. sonst noch Fälle einer Abnahmepflicht in dem von uns dargelegten Sinne normiert sind.

Kraft ausdrücklicher Bestimmung ist zunächst noch eine Abnahmepflicht gemäß § 515 beim Tausch und nach § 445 bei allen entgeltlichen Veräußerungsgeschäften anzunehmen; desgleichen beim Werklieferungsvertrag über vertretbare Sachen, da nach § 651 der § 433, beim Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen der § 640 entsprechend anzuwenden ist. In den Fällen der Veräußerungsgeschäfte besteht die Abnahmepflicht zu Gunsten des Verkäufers und zu Lasten des Käufers, bei den Tauschgeschäften jedoch zu Gunsten und zu Lasten beider Vertragsparteien. Jede Partei ist demnach wie ein Käufer der anderen zur Abnahme verpflichtet[1]).

Ausnahmsweise ist jedoch auch der **Verkäufer** und der **Unternehmer** zur Abnahme verpflichtet: nämlich in dem Falle des Rücktritts resp. der Wandlung. Gemäß §§ 467, 634 wird die Wandlung beim Kauf- und Werkvertrag nach Analogie des vertragsmäßigen Rücktritts behandelt. Nach § 346 sind die Parteien bei dem Rücktritt und bei der Wandlung verpflichtet, „die empfangenen Leistungen einander zurückzugewähren", d. h. es soll für die Beteiligten dieselbe Rechtslage geschaffen werden, in der sie sich befanden, als von einem Rechtsverhältnis zwischen ihnen noch keine Rede war[2]). Der Zweck der Rücktrittsvereinbarung resp. Wandlungsbestimmung ist somit in erster Linie der, das Interesse des Käufers resp. Bestellers wahrzunehmen. Dieses

[1]) Enneccerus § 342.
[2]) Dernburg § 186 III, 2.

Käufer- resp. Besteller-Interesse ist aber nicht schon durch die Rückzahlung des etwa bereits gezahlten Entgelts befriedigt, denn hierdurch allein ist weder für den Käufer noch für den Besteller dieselbe Rechtslage wieder hergestellt, in der sie sich vor Abschluß des Kauf- oder Werkvertrags befanden, da sie sich noch im Besitz einer für sie unbrauchbaren, vielleicht verdorbenen und gefahrbringenden Sache befinden[1]). Der Zweck des Rücktritts- resp. Wandlungsrecht erheischen eine Rücknahme- eine Abnahmepflicht des Veräußerers resp. Unternehmers.

Schließlich gibt es bei der Verwahrung eine generelle Abnahmepflicht des Hinterlegers: der Verwahrer kann von dem Hinterleger die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, cf. § 696 B. G. B. Die Gründe, die hier zur Statuierung einer Abnahmepflicht geführt haben, sind dieselben wie die in den §§ 433 und 640. Die Motive verweisen auf die bisherigen Rechte. Hirsch[2]) bezweifelt, ob diese wirklich eine solche Pflicht gekannt haben. Jedoch muß z. B. für das A. L. R. eine Abnahmepflicht angenommen werden. In I. 14, § 47 A. L. R. findet sich nämlich die Bestimmung: „Wird der Verwahrer außer Stand gesetzt, die Sache mit Sicherheit oder ohne seinen eigenen Nachteil zu behalten, so kann er fordern, daß der Hinterleger ihn befreie".

Hiermit erschöpfen sich für uns die gesetzlich fixierten Fälle einer Abnahmepflicht. Denn wir treten der Auffassung Dernburgs[3]) und Rehbeins[4]) nicht bei, die hierüber hinaus eine Abnahmepflicht noch bei dem Dienstherrn, bei dem Auftraggeber, wenn der Angestellte oder der Beauftragte etwas für ihn erworben hat, anerkannt und weitergehend eine Rücknahmepflicht auch dem Vermieter und dem Verleiher auferlegt wissen wollen. Die beiden möglichen Gründe, mit denen man die Auffassung Dernburgs und Rehbeins stützen könnte, nämlich das Behaupten eines Verwahrungsverhältnisses[5]) und die Konstruktion eines vermuteten Parteiwillens, sind nicht stichhaltig. Denn

[1]) z. B. der Verkäufer weigert sich, das schwerkranke, mit ansteckender Krankheit behaftete Pferd zurückzunehmen.

[2]) S. 302.

[3]) Bd. 2, § 74, I.

[4]) Bd. 2 zu § 293.

[5]) cf. Barkhausen S. 45.

was zunächst das Verwahrungsverhältnis angeht, so muß ein solches im Sinne eines Verwahrungsvertrages, aus dem allein sich die Abnahmepflicht ableiten ließe, in Abrede gestellt werden. Man kann nämlich nicht sagen, daß der Angestellte und der Beauftragte, wenn er für den Dienstherrn resp. Auftraggeber etwas erworben hat, diese Sachen als ihm vom Hinterleger übergeben aufbewahrt. Besonders unzulässig ist es aber in den Miet- oder Leihvertrag Grundsätze und Vorschriften eines wirtschaftlich ganz anders gearteten Vertrages, wie des Verwahrungsvertrages, überzuleiten.

Aber auch die Abnahmepflicht in den von Dernburg und Rehbein angeführten Fällen auf einen vermuteten Parteiwillen aufzubauen, ist nicht angängig. Das hieße, wie Rosenthal [1]) mit Recht hervorhebt, nichts anderes, als in gewissen typischen Fällen sei anzunehmen, daß die Parteien, sofern sie, wie man zu präsumieren hat, vernünftig abzuschließen beabsichtigten, eine Pflicht zur Abnahme festsetzen wollten. Eine solche Präsumtion ist aber willkürlich und bedeutungslos. Wäre nämlich eine solche reine Präsumtion von rechtlicher Erheblichkeit, dann hätte der Gesetzgeber schließlich auch beim Kauf- und Werkvertrag die Frage nach der Abnahmepflicht offenlassen können und es nicht nötig gehabt, diese Pflicht ausdrücklich zu bestimmen.

Der Umstand, daß in § 433, 640 usw. die Abnahmepflicht ausdrücklich normiert ist, [2]) zwingt zu dem e contrario Schluß, daß in allen anderen als in den von uns erwähnten Fällen eine Abnahmepflicht nicht besteht, es sei denn, daß durch eine Parteivereinbarung eine Pflicht zur Abnahme festgesetzt worden ist. Zur Annahme einer Vertragsvereinbarung bedarf es aber eines zum Ausdruck gebrachten Willens der Parteien. Dann erst kann dieser Wille gemäß § 157 B. G. B. wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordert, als der etwa auf eine Abnahmepflicht gerichtete erforscht werden. Wer wollte nun behaupten, daß in den von Dernburg und Rehbein aufgezählten Vertragsarten von den Parteien generell der auf eine Abnahmepflicht gerichtete Wille zum Ausdruck gekommen ist? In den Fällen, wo der Auftraggeber, Dienstherr, Vermieter oder Verleiher

[1]) S. 13.

[2]) cf. auch hierüber Matthias, § 81, III.

die Sache abnehmen soll, ist noch nicht unbedingt bewiesen, daß ein vernünftiger Parteiwille diese Abnahme zu einer klagbaren und vollstreckbaren Pflicht erheben wollte, da doch der Beauftragte bezw. Angestellte aus dem Vertragsverhältnis den Anspruch auf Erstattung aller Auslagen hat, und im übrigen, wie auch der Mieter und Entleiher, durch die Rechte aus dem Gläubigerverzug in den weitaus meisten Fällen hinreichend geschützt ist.

Die Präsumtion des auf eine Abnahmepflicht gerichteten Willens ist rechtlich möglich aber belanglos, wenn sich ergibt, daß der Wille nicht zum Ausdruck gebracht ist,[1]) die Präsumtion eines generell zum Ausdruck gebrachten Willens, wie Dernburg ihn annimmt, ist aber rechtlich ein Unding.

VI. Kapitel.

§ 1. Wir haben oben festgestellt, daß die Abnahmepflicht nur dort eingreift, wo es sich um Besitzfragen handelt. Hiermit gewinnen wir gleichzeitig eine Voraussetzung für die Abnahmepflicht, nämlich die, daß die abzunehmende Sache tatsächlich abgenommen werden kann; d. h. in dem Besitz eines erfüllungsbereiten Schuldners sich befindet[2]). Die Erfüllungsbereitschaft fordert jedoch nicht unbedingt, daß die abzunehmende Sache zu der in Frage stehenden Zeit im unmittelbaren Besitz des Abnahme Verlangenden sich befindet. Es liegt auch dann Leistungsmöglichkeit vor, wenn der Verkäufer, Unternehmer, Verwahrer im Stande sind, auf Grund von Verträgen,[3]) die sie ihrerseits mit dritten Personen abgeschlossen haben, rechtzeitig und am rechten Ort dem Vertrage gemäß zu leisten. Der Verkäufer braucht mit anderen Worten die

[1]) Besonders bei dem Kauf auf Probe, mag er unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung geschlossen sein, und beim Kauf mit Umtauschklausel erscheint, wenn der Käufer die Sache endgültig nicht behalten will, eine Rücknahmepflicht des Verkäufers äußerst fraglich.

[2]) Oertmann § 433, Anm. 3. Staudinger § 433, Anm. IX, 2 f. Staub § 373, Anm. 68. Fischer-Henle § 433, Anm. 11, R. G. Bd. 53, S. 163, Bd. 56, S. 173 ff. und bei Holdheim Bd. 14, S. 186.

[3]) R G. 11, S. 113 ff.; Bd. 29, S. 66; Bd. 33, S. 97; Bd. 34, S. 98; Bolze 15 Nr. 356.

Kaufsache von dem betreffenden Dritten noch garnicht wirklich erhalten zu haben, der Unternehmer kann die Sache zur vertragsmäßigen Herstellung, der Verwahrer kann die hinterlegte Sache zur weiteren Aufbewahrung einem selbständigen Dritten übergeben haben.

Es ist demnach nicht genügend, daß der Verkäufer die Sache von einem Dritten kaufen kann,[1]) es genügt auch nicht, daß er bereits einen Anspruch gegen einen Dritten auf Lieferung der Ware erworben hat, die dieser seinerseits erst anschaffen muß,[2]) es ist vielmehr erforderlich, daß der Dritte die Ware bereits zur Verfügung des Verkäufers hält.

Der Begriff des Bereithaltens darf jedoch nicht so enge gefaßt werden,[3]) daß daraus ein Bereitstellen wird. Es genügt nach R. G. Bd. 34, S. 99, daß der Verkäufer usw. die Ware jederzeit aus dem Gewahrsam des ihm verpflichteten Dritten dem Käufer usw. verschaffen kann.

In jedem Falle kann aber eine Leistungsklage auf Abnahme erst noch anzuschaffender, zu spezifizierender oder anzufertigender Ware nicht erhoben werden[4]).

Ist demgemäß eine Gattungssache Gegenstand des Kaufvertrags, so besteht die Abnahmepflicht erst, nachdem die Sache ausgeschieden ist. Uebereinstimmend hat mit anderer Begründung auch das Reichsgericht[5]) zutreffend angenommen, daß, wenn jemand zu fördernden Kies verkauft hat, und dieser Kies noch nicht oder nicht ganz gefördert ist, der Verkäufer nicht auf Abnahme klagen kann, da „eine gegenwärtige körperliche Hinwegnahme in Bezug auf eine erst zu beschaffende Ware nicht möglich ist“[6]).

In allen diesen Fällen wäre eine Klage auf Abnahme nur möglich, wenn der Käufer, Besteller usw. die Erfüllung

[1]) cf. R. G., Bd. 33, S. 97.

[2]) R. O. H. G., Bd. 8, S. 375; Bd. 21, S. 23; Bd. 22, S. 5; R. G. Bd. 5, S. 65 ff.; R. G. in Jur.-W. 92, S. 276, Nr. 25.

[3]) Deshalb ist der Ausdruck „Bereitstellen“ nicht glücklich gewählt in der Entscheidung des R. G. Bd. 57, S. 402 und 406. J.-W 05, S. 78, Nr. 15.

[4]) L. Z. 1911, S. 455, Nr. 6.

[5]) Bd. 53, S. 161; Bd. 56, S. 173. R. G. vom 3. Januar 1905 im Recht 1905, S. 78, Nr. 271. R. G. vom 22. Juni 1909 Jur. Wochenschrift 1909, S. 456. A. A. Schütze, S. 30 ff.

[6]) R. G. Bd. 56, S. 176. J. W. 05, S. 58, Nr. 12.

der Abnahme grundlos verweigert d. h. sich einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hat. Ist dieses nicht der Fall, so können Verkäufer und Besteller nur die Feststellungsklage erheben, und zwar keine Feststellungsklage auf Abnahme, sondern eine solche, daß der Kaufvertrag zustande gekommen sei, und daß der Käufer dementsprechend zu erfüllen habe [1]). Denn einer solchen Feststellungsklage kann dann regelmäßig nicht entgegen gehalten werden, daß es am Interesse an alsbaldiger Feststellung nach § 256 Z. P. O. fehle, weil die Leistungsklage hätte erhoben werden können; denn diese kann regelmäßig dann nicht erhoben werden.

§ 2. Ferner besteht die Abnahmepflicht nur gegenüber einer **vertragsmäßigen** Leistung. Befindet sich die abzunehmende Sache nicht in dem vertragsmäßigen Zustande, so fällt die Verpflichtung zur Abnahme weg [2]). Die ihm übersandte Ware kann der Käufer hier zurückweisen, [3]) er kann sie noch nach der Abnahme zur Verfügung stellen. Allerdings muß dies in der Regel sofort nach der Abnahme geschehen, sonst würde sein Verhalten als Genehmigung und definitive Annahme der Ware aufgefaßt werden müssen. Allerdings ist im B. G. B. nicht wie im Artikel 346 des alten H. G. B. das Erfordernis der Vertragsmäßigkeit als Voraussetzung der Abnahmepflicht besonders zum Ausdruck gebracht worden, doch folgt dies, wie es in den Motiven [4]) heißt, aus anderen allgemeinen Vorschriften.

Es besteht somit das Recht zur Verweigerung der Abnahme auch dann, wenn vom Veräußerer, Unternehmer usw. nicht die vereinbarte Quantität, ein Zuwenig oder ein Zuviel geliefert wird. Im ersteren Fall ergibt sich das Abnahmeverweigerungsrecht aus der Bestimmung des § 266, wonach der Schuldner (der Verkäufer usw.) zu Teilleistungen nicht berechtigt ist [5]). Ist jedoch nach der Natur der Leistung

[1]) cf. Staub. Exk. vor § 373, Anm. 68.

[2]) Dernburg S. 35, Endemann S. 938, Dür.-Hach. S. 51 f.

[3]) Eine Ausnahme hiervon besteht nur für Käufe, die für beide Teile Handelsgeschäfte sind, insofern als der Verkäufer die ihm von einem anderen Orte übersendete Ware einstweilen aufzubewahren verpflichtet ist. § 379 H. G. B.

[4]) S. 318

[5]) Endemann S. 938, Anm. 23. Hohenstein S. 81.

eine Lieferung nur in Teilen möglich, z. B. wegen ihres komplizierten Inhalts oder großen Umfangs, so kommt selbstverständlich nicht § 266 in Anwendung, da es sich in solchen Fällen nicht um Teilleistungen, sondern um Teilung in der Ablieferung handelt [1]).

Im Falle einer über die vereinbarte Menge hinausgehenden Lieferung entfällt die Abnahmepflicht [2]) aus dem Gesichtspunkt des § 294 B. G. B., es sei denn, daß in dem speziellen Fall eine Weigerung gegen Treu und Glauben verstößt.

Daß auch bei einem Qualitätsmangel der Sache Vertragswidrigkeit und somit auch keine Abnahmepflicht für den Käufer und Werkbesteller anzunehmen ist, erscheint zweifellos. Wenn nämlich das Gesetz in § 464 dem Käufer und in § 640 dem Besteller, der vorbehaltlos eine mangelhafte Ware resp. ein mangelhaftes Werk abnimmt, einen Rechtsnachteil androht, so folgt daraus, daß der Käufer und Besteller auch nicht zur Abnahme verpflichtet sind [3]). Fraglich erscheint nur, ob bei einem derartigen Qualitätsmangel der Ware oder des Werks Nichterfüllung anzunehmen ist, oder ob der Verkäufer oder Unternehmer seiner Leistungspflicht trotz mangelhafter Leistung genügt hat. Im ersteren Falle wäre nämlich der Anspruch auf Abnahme ohne weiteres ausgeschlossen. Im letzteren Falle würde er an sich bestehen, der Käufer und der Besteller könnten ihm jedoch auf Grund seines Wandlungs- oder Minderungsrechts eine Einrede entgegenhalten. Die herrschende Meinung [4]) geht dahin, daß bei mangelhafter Lieferung Nichterfüllung vorliege. Dieser Auffassung können wir in ihrer

[1]) Oertmann § 266 Bem. lc. Endemann I § 120. Anm. 5 R. G. im J. W. 1899 S. 146.

[2]) R. G. Bd. 53 S. 73. Bd. 23 S. 126 R. O. H. G. Bd. 18 S. 242 O. L. G. Celle in Seuff. Arch. Bd. 59 S. 349. Crome § 220. Unser B. G. B. ist hier dem preußischen Recht gefolgt.

[3]) cf. Wolff in Jherings Jahrb. Bd. 56 S. 8. Verfehlt u. E. die Auffassung Schollmeyers in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 97.

[4]) Endemann § 161 Anm. 31. Cosack § 127. Dür.-Hach. III S. 74 81 ff. Staub-Könige § 374 Anm. 42. Eccius S. 286. 306 ff. Emerich S. 68. Fischer in Jher. J. Bd. 51 S. 221. Gmelin: Recht 1909 S. 767 f. Kisch: S. 168. 193. Makower H. G. B. S. 1100. Schöller in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 14 ff. Titze S. 275. Oberloskamp S. 37 f.

Allgemeinheit nicht beitreten. Beim Kauf einer bestimmten Einzelsache (Spezieskauf) ist der Verkäufer nach Kaufgrundsätzen nur gehalten, diese Sache zu übergeben und zu übereignen, d. h. der Obligation ist genügt, wenn diese Sache in demselben Zustand, in dem sie sich bei Vertragsschluß befindet, geliefert ist [1]). Die Bestimmungen des § 459, wonach der Verkäufer dem Käufer dafür haftet, daß die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, kann nicht den Sinn haben: Der Verkäufer einer Speziessache, die einen unheilbaren Mangel aufweist, sei verpflichtet, diese in mangelfreiem Zustand zu liefern, ebensowenig, wie das Gesetz die Norm aufstellt: es sollen nur mangelfreie Sachen verkauft werden. Daß beim Spezieskauf der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Sache fehlerlos zu übergeben, ergibt sich daraus, daß er selbst in dem Falle eines heilbaren Mangels auf Grund des § 459 nicht zur Beseitigung des Mangels weder vor noch nach der Uebergabe verpflichtet ist. Eine sogenannte Nachbesserungspflicht beim Kaufe besteht nicht [2]). Hieraus folgt, daß der Verkäufer einer Speziessache seiner Erfüllungspflicht auch bei Lieferung einer schon zur Zeit des Vertragsschlusses mangelhaften Sache genügt hat, daß infolgedessen der Käufer nicht wegen mangelnder Leistungsmöglichkeit oder mangelnder Erfüllungsbereitschaft des Verkäufers, vielmehr nur einredeweise auf Grund seiner Gewährleistungsansprüche die Abnahme verweigern kann. Neumann, § 433, Anm. IV, 1 b. u. Striebinger S. 17 wollen dem Käufer das Recht zur Verweigerung der Abnahme wegen jedes geringfügigen Mangels geben. Das widerspricht jedoch dem Grundsatz von Treu und Glauben

[1]) Leonhard: Beweislast S. 392. Crome § 220. Anm. 4. Berndorff, Die „Gattungsschuld" S. 87. von Blume in Jher. Jahrb. Bd. 55 S. 215. 230. Kipp-Windscheid II § 395, I 2c. Krückmann, Arch. für ziv. Praxis Bd. 101 S. 169 ff. Schollmeyer in Jher. Jahrb. Bd. 49 S. 97 ff. Schröder, „Zur Lehre von der Gewährleistungwegen Mängel der Kaufssache" Diss. 1903 S. 14 ff. Schultze in Archiv bürgerl. Recht Bd. 30 S. 149. Wolff in Jher. Jahrb. Bd. 56 S. 4 ff. O. L. G. Kiel Bd. 16 S. 400.

[2]) Oertmann § 462 Bem. 5 a. Staudinger-Kober § 462 Bem. IV b. Planck § 462 Erläuterung 4. Endemann Bd. 1 § 161 Anm. 13. Kipp-Windscheid Bd. 2 § 395 I 2c.

im Verkehr und findet auch keine Stütze im Gesetz. Ebenso Dernburg Bd. 2 S. 35 Anm. 4. Staub Exkurs. vor § 373 Anm. 69. Ist der Mangel also nur unbedeutend, so kann der Käufer die Abnahme nicht verweigern, er kann lediglich verlangen, daß er zur Abnahme nicht anders als gegen eine angemessene Ermäßigung des Kaufpreises verpflichtet ist. In diesem Sinne auch R. G. Bd. 53 S. 74. Dasselbe gilt auch für den Werkbesteller. Die hier vertretene Auffassung hat zur Folge, daß, wenn der Verkäufer auf Abnahme einer solchen Sache klagt, ein Versäumnisurteil gegen den beklagten Käufer auch dann erlassen werden muß, wenn aus der Klage hervorgeht, daß die Ware von vornherein, d. h. schon zur Zeit des Vertragsschlusses mangelhaft war[1]).

Fehlte aber der verkauften Sache zur Zeit des Vertragsschlusses eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer einen Fehler der Sache arglistig verschwiegen, so kann nach der Bestimmung des § 463 Erfüllung nicht angenommen werden, da in diesen Fällen ja gerade ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom Gesetz gewährt wird[2]).

Desgleichen nehmen wir auch beim Gattungskaufe und Werkvertrage Nichterfüllung an, wenn nicht einmal Ware mittlerer Art und Güte geliefert wird, resp. wenn das Werk nicht vertragsmäßig hergestellt wird. Das ergibt sich für den Kauf einer Gattungssache aus § 243 B. G. B., der bestimmt, daß derjenige, der eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten habe, und aus § 480 Abs. 1, der dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache das Recht gibt, statt der Wandelung oder Minderung die Lieferung einer mangelfreien Sache zu verlangen[3]).

Die Verpflichtung, ein mangelfreies Werk herzustellen, ist aus § 633 Abs. 2 zu folgern, der dem Unternehmer die

[1]) Ebenso Krückmann Arch. f. ziv. Pr. Bd. 101, S. 170.

[2]) Crome Bd. 2, § 220. Schröder S. 18. Schollmeyer S. 98. Wolff S. 6, Anm. 1. Endemann Bd. 1, § 161 I. b. R. G. Bd. 66, S. 281 f, O. L. G. Bd. 16, S. 400. Oertmann zu § 433, Bem. II. 2a.

[3]) Oertmann Bem. zu § 480. v. Blume, S. 237 ff. O. L. G. Kolmar im Recht 1910, Nr. 1235. Schollmeyer S. 99 ff.

prinzipielle Pflicht auferlegt, den Mangel zu beseitigen. Ein die Verpflichtung zur Abnahme aussprechendes Versäumnisurteil gegen den beklagten Käufer und Besteller ist somit nicht zu erlassen, wenn aus der Klage die Mangelhaftigkeit der Gattungsware oder des Werkes, das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder arglistiges Verschweigen des Fehlers hervorgeht.

Beim Spezieskauf haben wir bisher nur den Fall in Betracht gezogen, daß die verkaufte Sache Mängel aufweist, die ihr schon zur Zeit des Vertragsschlusses anhafteten. Es bleibt noch der Fall zu erörtern, wo die verkaufte Speziessache erst nach dem Vertragsschluß, aber vor dem Gefahrübergang mangelhaft wird. Hier genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht nicht, wenn er die mit einem nachträglich entstandenen Mangel behaftete Sache dem Käufer übereignet. Denn der Verkäufer hat dem Käufer diejenige Sache zu übereignen, auf die sich der Kaufvertrag bezieht, mit anderen Worten der Verkäufer muß die Sache in ebendemselben Zustand, also in dem der Fehlerlosigkeit, liefern. Fehlerlose Lieferung ist somit hier als versprochen anzusehen, und deshalb steht dem Abnahmeverlangen des Verkäufers auch hier die allgemeine Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen [1]).

VII. Kapitel.

Aus der Natur der Abnahmepflicht folgt, daß der Käufer, Besteller, Hinterleger usw. regelmäßig verpflichtet sind, die Ware abzuholen, [2]) daß die Abnahmeschuld also eine Holschuld ist [3]). An dem Ort, an dem der Verkäufer usw. ihrerseits zu erfüllen haben — an ihrem Wohnort oder an dem Ort ihrer Niederlassung oder an einem anderen verein-

[1]) Der nachträglich entstandene Mangel kann jedoch auch eine Unmöglichkeit der Erfüllung verursachen. In diesem Fall kommen die §§ 323—325 zur Anwendung. Ob eine Unmöglichkeit vorliegt, ist nach § 242 B. G. B. zu beurteilen cf. Kisch, S. 194 f. Titze S. 277.

[2]) Beim Versendungskauf hat natürlich die Abnahme am Bestimmungsort zu erfolgen cf, Staub § 373 Anm. 46. Planck § 433, Erl. 8 O. L. G. Bd. 2, S. 251, im Recht 1904, Nr. 157. R. G. Bd. 49, S. 76, in Jur. W. 1900, S. 12.

[3]) Leonhard: Erfüllungsort und Schuldort S. 27 ff.

barten oder sonst aus der Natur des Schuldverhältnisses oder der Verkehrssitte zu entnehmenden Ort — ebendort haben auch der Käufer usw. die Ware resp. das Werk abzunehmen. Der tatsächliche Erfüllungsort, „Vollzugsort" im Sinne von Leonhard, dessen Auffassung wir beitreten, hängt also grundsätzlich davon ab, wo die Uebergabe resp. die Ablieferung des Verkäufers, Unternehmers, Verwahrers usw. zu erfolgen hat[1]). Denn die Abnahmepflicht ist das Korrelat der Uebergabe — und Ablieferungspflicht[2]). Dieser Bestimmungsort ist natürlich nicht immer der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Käufers usw. Der Ablieferungs- oder Bestimmungsort sind von diesem Ort oft verschieden und wird auch durch den Verzug des Schuldners nicht berührt.

Die Frage, wer die Kosten der Abnahme zu tragen hat, ist von dem Gesetz nur für den Kauf- und Werklieferungsvertrag ausdrücklich entschieden worden. Nach § 448 B. G. B. fallen diese dem Käufer, beim Werklieferungsvertrag dem Besteller zur Last, cf. § 651. Dagegen findet sich bei dem Werkvertrage und bei der Verwahrung eine gesetzliche Regelung nicht. Es müssen somit, soweit nicht vertragsmäßige Vereinbarungen vorliegen, die allgemeinen Grundsätze eingreifen. Wie die Motive[3]) ausführen, enthält § 448 nur die Anwendung eines allgemeinen Prinzips, welches besagt: Wer zu einer Leistung verpflichtet ist, hat auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken. Da nun die Abnahme eine dem Besteller, Hinterleger usw. obliegende Verpflichtung ist, haben diese auch die aus der Erfüllung der Verbindlichkeit entstehenden Kosten der Abnahme zu tragen[4]).

Der rechtliche Erfüllungsort, „der Schuldort" der Abnahme, ergibt sich aus der allgemeinen Regel des

[1]) Dernburg, § 172, Anm. 8. R. O. H. G. Bd. 2, S. 251. Abweichend R. G., Bd 45, S. 75.

[2]) Dür.-Hach. Bd. 3, S. 71. Staub Exkurs. vor § 373, Anm. 72. Hohenstein, S. 74. Lehmann, S. 493.

[3]) Bd. 2, S. 328.

[4]) Komm. d. Reichsgerichtsräte § 640, Anm. 2. Staudinger § 640, Anm. 4 d. Planck § 640, Anm. 2 b. Fischer-Henle § 640, Anm. 1. Neumann § 640, Anm. 3. Oberloskamp S. 71 f. Striebinger § 20, S. 63.

§ 269 B. G. B. Dieser ist maßgebend für das anzuwendende Recht und für die Bestimmung des Gerichtsstands. Der Gerichtsstand für die Klage auf Abnahme ist also einerseits der allgemeine Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten (Käufers, Bestellers usw.) gemäß § 13 C. P. O., andererseits kann aber auch der Verkäufer, Unternehmer, Verwahrer subsidiär, gestützt auf § 29 C. P. O., an dem Erfüllungsorte der Abnahmepflicht klagen, der sich aus § 269 B. G. B. ergibt [1]).

Ist die Klage auf Abnahme der Ware und Zahlung des Kaufpreises gerichtet — der Antrag hat richtiger auf Zahlung gegen Lieferung zu lauten [2]) — so entscheidet, da der Kaufpreis als Äquivalent der verkauften Sache das Hauptinteresse [3]) des Verkäufers bildet, der Gerichtstand der Zahlung auch über den Gerichtsstand der Abnahme [4]). Dasselbe gilt entsprechend auch für den Werkvertrag und die Verwahrung usw.

VIII. Kapitel.

Für die Bestimmung des Werts des Streitgegenstandes bei der Klage auf Abnahme kommt **nicht § 6 C. P. O.** in Betracht, nach dem der Streitwert durch den Sachwert bestimmt wird, wenn der „Besitz der Sache Gegenstand des Streits ist". Denn der Besitz ist Gegenstand des Streites nur dann, wenn beide Parteien den Besitz erstreiten wollen. Dies ist aber bei der Klage auf Abnahme nicht der Fall. Der Verkäufer usw. will vielmehr gerade von dem Besitz und der hierdurch bedingten Störung befreit werden, und der Käufer usw. will die befreiende Handlung nicht vornehmen. Der Wert des Streitgegenstandes ist also gleichbedeutend mit dem Interesse an dem Nichtinnehaben der Sache, an ihrem Wegschaffen, an der Befreiung von der Last, dem Aufhören der Störung. Demnach ist der Wert

[1]) R. G. Bd. 10, S. 350. Bd. 57, S. 400 ff.
[2]) Förtsch D. J. Z. 05, S. 18. L. Z. 08, S. 226[18].
[3]) R. G. Bd. 53, S. 161.
[4]) R. G. Bd. 15, S. 435. Bd. 27, S. 397. Bd. 49, S. 141. Bd. 55, S. 112. Bd. 56, S. 141. Bd. 57, S. 15. Bd. 69, S. 11. Bd. 70, S. 199. J. W. 03, Beil. 138, Nr. 304. R. G. in Seuff. A. Bd. 60, S. 293.

des Streitgegenstandes gemäß § 3 C. P. O. nach freiem Ermessen festzusetzen.[1]).

Der Zeitpunkt für die Verpflichtung zur Abnahme ist, wenn keine Vertragsvereinbarung vorliegt, nach § 271 B. G. B. zu bestimmen, d. h. der Verkäufer, Unternehmer usw. kann die Abnahme sofort verlangen, der Käufer, Besteller u. s. w. sie sofort bewirken. Persönliche Behinderung wie Krankheit, Abwesenheit, Raummangel entschuldigen nicht. Liegt ein Handelsgeschäft vor, so kann gemäß § 358 H. G. B. die Abnahme nur während der gewöhnlichen Geschäftszeit bewirkt und gefordert werden. Für den bürgerl. Rechtsverkehr ist aus dem Prinzip von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu entnehmen, von und bis zu welcher Tageszeit die Abnahme verlangt oder vorgenommen werden kann.[2]). Ist jedoch für die Fälligkeit der Abnahme eine Zeit besonders bestimmt, so ist die Vorschrift des § 271 Abs. 2, wonach im Zweifel der Gläubiger die Leistung nicht vor der festgesetzten Zeit verlangen, der Schuldner sie aber vorher bewirken kann, unanwendbar. Denn das Recht des Käufers, Bestellers, die Abnahme vor der vereinbarten Zeit zu bewirken, würde eine Verpflichtung des Verkäufers und Unternehmers voraussetzen, die Sache dem Käufer, Besteller zu übergeben. Eine solche Verpflichtung ist in der Verabredung einer bestimmten Abnahmezeit nicht enthalten. Ebensowenig wie also der Verkäufer und der Unternehmer vor Eintritt des vereinbarten Zeitpunktes Abnahme verlangen können, können auch der Verkäufer und Besteller diese vornehmen.

Anders liegt es bei dem Verwahrungsvertrag. Hier tritt § 271. Abs. 2 in Anwendung, da kraft ausdrücklicher Bestimmung dem Hinterleger das Recht gegeben ist, die hinterlegte Sache jederzeit zurückzufordern, d. h. die Abnahme vorzunehmen cf. § 695 B. G. B.

Wir haben die Abnahmepflicht als Leistungspflicht kennen gelernt und ihr deshalb bei Nichterfüllung eine Klage auf Abnahme zugestanden. Die Vollstreckung aus dem Urteil auf Abnahme findet nach § 887 C. P. O. statt. Denn

[1]) Ebenso Neumann, § 433, Anm. IV, 4. Staub, Exkurs vor § 373. Anm. 74. R. G. Bd. 57, S. 400 ff. und in Jur. W. 1906, S. 688 Nr. 2.

[2]) cf. R. O. H. G., Bd. 20, S. 137.

wir haben oben festgestellt, daß die Abnahmehandlung nicht von dem Abnahmeschuldner persönlich, sondern auch von einem jeden Dritten vorgenommen werden kann, und daß Abnahme nicht identisch ist mit Ansichnahme. Die Ansichten derjenigen, die die Abnahme als nicht vertretbare Handlung betrachten und daher § 888 C. P. O. angewandt wissen wollen, beruhen vielfach auf der von uns als verfehlt nachgewiesenen Grundlage, daß mit dem Begriff der Abnahme der Begriff der Anerkennung als Erfüllung oder der Billigung zu verbinden sei. Entgegen der unter anderen auch von Gaupp Stein § 887 II. 2b unter Bezugnahme auf die gemeinrechtliche Entscheidung Seuff. Arch. Bd. 50 Nr. 141 ohne besondere Begründung vertretene Ansicht ist also auf seinen Antrag nach § 887 Abs. 1 C. P. O. der Verkäufer, Unternehmer, Verwahrer vom Prozeßgericht erster Instanz zu ermächtigen, die Abnahme auf Kosten des Abnahmepflichtigen vornehmen zu lassen[1]). Gleichzeitig kann gemäß § 887 Abs. 2 C. P. O. der Verkäufer, Unternehmer, Verwahrer beantragen: den Käufer, Besteller, Hinterleger zur Vorauszahlung der Kosten zu verurteilen, die durch die Vornahme der Abnahme entstehen werden, unbeschadet des Rechtes auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Abnahme einen größeren Kostenaufwand verursacht. Die Verpflichtung zur Abnahme schafft somit ein abnormes „Hinterlegungsrecht", welches der Abnahme — Annahmeverzug als Gläubigerverzug weder nach B. G. B. noch nach H. G. B. gewährt. Das B. G. B. gestattet im § 372 die Hinterlegung nur hinsichtlich gewisser genau bezeichneten Gegenstände: „Geld, Wertpapiere, Urkunden sowie Kostbarkeiten" bei „einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle", und das H. G. B. zwar hinsichtlich der Kaufwaren allgemein, aber nur in einem „öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise"; dagegen kann der Verkäufer u. s. w. hier nunmehr auch an sonst ihm praktisch erscheinender Stelle die Ware unterbringen, selbst wenn er das Bewußtsein haben sollte, daß die Sache hier nicht gesichert ist.

Denn es ist mit unserer Auffassung der Abnahme un-

[1]) Ebenso Planck § 433, Erl. 7b. Staub 1913 Exk. vor § 373, Anm. 82. Gruchot Bd. 45, S. 717, Note 10. Rechtsprechung der O. L. G. Bd. 14, S. 187.

vereinbar, wie Rosenberg,[1]) Oberloskamp,[2]) Kohler[3]) und Hohenstein[4]) anzunehmen, daß die abzunehmende Sache oder das Werk eventuell unter Anwendung von Gewalt gemäß § 892 C. P. O. bei dem Abnahmepflichtigen „in seinem Laden, in seinem Hofe, auf seinem Fruchtspeicher" niedergelegt werden könne. Die Abnahmepflicht ist keine Pflicht zur Ansichnahme,[5]) sie hat zum Inhalt nur die **Besitzbefreiungshandlung.**

Der Anspruch auf Abnahme unterliegt der kurzen Verjährung gemäß § 196 Abs. 1. Nr. 1 B. G. B.[6]).

---

[1]) S. 264.

[2]) S. 72.

[3]) Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 13, S. 241.

[4]) Gruchot, Bd. 48, S. 711 u. 718 f.

[5]) Bechmann Bd. 3, S. 159. Fischer-Henle § 433, Anm. 11. Hohenstein S. 717. Lehmann-Ring H. G. B. § 374, Nr. 2. Rosenberg S. 264. Staub-Könige Exkurs. vor § 373, Anm. 82, sowie die Verfasser sämtlicher Dissertationen mit Ausnahme von Rosenthal, ebenso auch O. L. G. Rostock im Recht 1908. S. 711, Nr. 3881.

[6]) D. J. Z. 1909, S. 1324.

Berichtigungen.

Es wird auf Seite 4, Lebenslauf, in der 5. Zeile hinter „bezog“ das Wort „ich“ hinzugefügt.

Es ist zu lesen:

auf Seite 5 statt Bachmann: Bechmann
„ „ 6 „ Heckert: Hackert
„ „ 13 Anm. 4 statt Hacker: Hackert
„ „ 21 „ 3 „ Strübinger: Striebinger
„ „ 23 „ 2 „ den Begriff: dem Begriff
„ „ 32 Zeile 34 „ § 249: § 294.